

المجلد
الاول

من تخلص الفقد وروى
احمد بن نغان يا شيا المعرف بغيري
زاده انال الله الى ما اريد



الجلال الميرزا فتح
مختصر في الفقه

ابن الحسين

رحمه الله

ما اعم الركب على العبد
ابن الميرزا محمد الميرزا
باجي المدارس
غفر الله عنهما

اسئل الله عنك العبد
محمد بن محمد السليم
كوفي زلفا

الشفعة الزباج الصيد الاضي الغصب الديات
الجنابات الحدود الشفعة ^{الطريق} السب الوديع العارية
الدعوى والبيات

من مقلدات الفقير ابو الفاسل محمد بن
يا شيا الوزير الاعظم
الله عنها





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ **كتاب الشفعة**

قال رحمه الله الشفعة مأخوذة من الشفع ومنه الشفع الذي هو خلاف الوتر
لا يدخل فيه الشيء إلى الشيء والشفاعة سميت بذلك لأنها ضم المشفع له إلى أهل
الثواب ولما كان حق الشفعة يضم به الشفع الملك المشفع إلى ملكه سمي ذلك شفعة
والأصل في وجوب الشفعة عليه السلام الشفعة في كل شيء وقال الشفعة للشريك
الذي لم يشارك بقرابه وقال عليه السلام جارا لدار حتى بالدار ينتظر به أن كان
غائبا إذا كان طريقهما واحدا وقال الجار أحق بجواره وروى أحق بشفعته
ومن أصحابنا من قال إن هذه الأخبار وردت بخلاف القياس لأن مالك
المشتري لا يجوز أن يستحق عليه بغير أخبار ولا نأنا أو جبنها بالنفي الضرر
عن الشفع أضررنا بالمشتري وكان أبو بكر الرازي ينكر هذه الطريقة ويقول
أن وجوب الشفعة أصل من الأصول مجمع عليه فلا يقال أنه استحقاق
كسائر الأصول المقطوع بها **فصل** وأما الكلام فيما ثبت فيه
الشفعة فإنها تثبت عندنا في العقار خاصة وقال مالك تثبت في السفن
أيضاً لنا قوله عليه السلام لا شفعة إلا في ربع أو حائط ولأن السفن تنقل
وتحول كالعروض ولأنه لا يخشى البادي على وجه الدوام كالعروض وقول
مالك إنما سكن كالعقار ليس بصحيح لأن العقار يجب فيه الشفعة سكن
أو لم يسكن لحرف البادي على وجه الدوام وقد قال مالك إن الضيعة بما إذا
بيعت بغيرها ومالك فيها يعلمون استحقاقها بالشفعة معها وهذا ليس
بصحيح لأن الحيوان ليس بعقار ولا متصل بعقار فلا يجب فيه الشفعة كما لو

قول النبي

أفرد بالبيع **فصل** وأما الكلام في السبب الذي يجب به الشفعة فإنها
يجب عندنا في الملك المنتقل بعقد البيع وما في معنى البيع من الصلح والهبة على
مال ولا يجب في المملوك في مقابلة المنافع كالمهر والاجرة وقال الشافعي يجب
الشفعة لبا في ذلك أنه مملوك بسبب لا يثبت فيه خيار الشرط فلا يجب
فيه الشفعة كالمملوك بالوصية والميراث ولأنه سبب لا يستحق به الجار
الشفعة فلم يستحق به الشريك كالهبة ولأنه نقل ملك بالثمن الأول فلم يصح
في المهر كالمراحة والتولية **فصل** وقد قال أبو حنيفة أن من تزوج امرأة
على دار علي أن ترد عليه الفاقلا شفعة في شيء من الدار وقال أبو يوسف ومحمد
يجب الشفعة في حصة الألف لا في حصة أن أحباب الشفعة لا يمكن إلا بتقويم
البضغ لتقسم الدار عليه وعلى الألف وهذا المعنى مانع من الشفعة كما لو كانت
الدار كلها مراً ولأنه لو استحق الشفعة في حصة الألف تبعض الملك عليها
تبعيضاً فيه ضرر وهذا المعنى لا يملكه الشفع كما لا يملك أن يأخذ من المشتري
نصيباً أحداً بالبايعين وجه قولها أن حصة الألف من الدار عقد بيع بدلالة أنه
يرد بالعيب اليسير وتثبت فيه خيار الروية فيجب فيه الشفعة كما لو أفرد
بالعقد **فصل** وقد قال أصحابنا أن الشفعة يجب في العقار الذي
يجوز قسمته والذي لا يجوز قسمته كالحمام والرحا والنهر والبير والدور والصغار
وقال الشافعي لا يجب في ذلك شفعة لنا حديث جابر بن النبي عليه السلام قال
الشفعة في كل شرك ربع أو حائط ولأن كل عرصعة يجب فيها الشفعة
إذا بيعت بعد هدم البناء يجب قبله أصله الدور الكبار ولأنه



سبب يملك به ما يقسم فجاز ان يملك به ما لا يقسم كالبيع وهذه الملة
فرع على ان الشفعة عندنا تجب لحوق البادي على وجه الدوام
الدليل على هذا الاصل وجوبها في العقار وهذا المعنى وانتقاءها
في العروض التي لا تنبقي على وجه الدوام وقالنا لثا في العلة الضرر
الذي يلحق الشريك باجرة القسام وهذا فاسد لان هذا المعنى
ماخوذ في الشركة في العروض ولا شفعة فيها قال ابو الحسن الشفعة
واجبة في جميع ما بيع من العقار دون غير سنة رسول الله صلى
الله عليه وسلم الدور والمنازل والخوانيت والحدائق والفنادق
والمزارع والبساتين والابرجة والحمامات وسائر العقار اذا وقع
البيع على عراصة ابركانت في مصر او قرية او سواد او غير ذلك
من ارض الاسلام اذا كان ذلك مملوكا يجوز بيع ماله فيه وكان
البيع بيعا قاطعا ليس فيه خيار شرط وهذه الجملة قد دخلت
فيما ذكرناه والدليل على وجوب الشفعة في جميعه قوله عليه السلام
لا شفعة الا في ربع او حائط وقوله لجار احق بسقيه وهو عام وانما
شرط ان يكون المبيع مملوكا لان ما ليس بمملوك لا يصح بيعه فلا تجب
فيه الشفعة فلما ابيع المشروط فيه الجار للبائع فلا شفعة فيه
لان خيار البائع يمنع من خروج الشيء من ملكه والشفعة تجب بخروج
الشيء من ملك البائع ولان البائع لم يزل ملكه عما باع فصارت له كالتحباب
بغير قبول فان سقط البائع خياره وجبت الشفعة لان الملك

وقع بالعتد فوجب الشفعة ولان المانع من وجوبها ان البائع لم يرغب
عن ملكه فاذا اسقط خياره فقد زال هذا المعنى **فصل**
واما الخيار المشروط للمشتري فلا يمنع من ثبوت الشفعة لان المبيع
خرج من ملك البائع بالاتفاق وانما اختلف اصحابنا هل دخل في ملك
المشتري ام لا والشفعة تجب برغبة البائع عن ملكه بدلالة انه لو
ادعى انه باع من زيد فجدد زيد ذلك وجبت الشفعة لا غير اذ خرج
الشيء من ملكه وان لم يحكم بدخوله في ملكه المشتري **فصل**
وخيار الروية والعيب لا يمنع الشفعة لانه لا يمنع خروج المبيع
من ملك البائع وهذا المعنى هو سبب الشفعة **فصل**
قال ولا شفعة في البيع الفاسد اذا كان سوا كان مما يملك بالقبض او لا
بملك مادام حق البائع في النقض قائما فيما يملك منه وذلك لان البيع الفاسد
اذا كان مما لا يملك بالقبض فالملك لم ينتقل بالبيع وهذا المعنى يمنع من وجوب
الشفعة في البيع الصحيح ففي الفاسد اولى واما اذا كان مما يملك بالقبض
فحق الفسخ فيه مستحق حتى الله تعالى وفي اجاب الشفعة اسقاط الفسخ
وتقرير البيع وهذا لا يجوز **قال** فان سقط حق البائع في النقض كان
للشفيع ان يأخذ ما ملك منه بقيمته يوم قبض وذلك لان البيع الفاسد
عندنا يملك البائع فيه بالقبض وانما لم تجب الشفعة لثبوت حق الفسخ
فاذا زال حق الفسخ اما لان اتصال المبيع بزيادة او لزوال ملك المشتري فقد
زال المعنى المانع من وجوب الشفعة فوجب كالبيع المشروط فيه الخيار

للبيع اذا سقط الخيار وانما وجبت الشفعة بالقيمة لان البيع الفاسد
لا يجب فيه المسمى وانما يملك بالقيمة والشفعة تجب بمثل العوض الذي
لزم المشتري قال فان باع المشتري ما اشتراه شرا فاسدا بيعا
صححا فلا سبيل للبايع على البيع والشفيع بالخيار ان شا اخذ الشفعة
بالبيع الثاني بها البيع الذي فيه وان شا نقض الثاني واخذ بالبيع الاول
بقيته لان البيع يسقط حق الفسخ وهذا المعنى يوجب الشفعة الا
انه اجتمع شيان تتعلق الشفعة بكل واحد منهما وكان الشفيع بالخيار
بالا جاري بينهما شا كما لو اشترى شرا صححا ثم باع فله الخيار فان اخذ بالثاني
اخذ بالثمن لان المشتري ملك المبيع بالثمن وان اخذ بالبيع الاول اخذ بالقيمة
لان المشتري ملك المبيع وينفسخ البيع الثاني لان الشفيع استحق المبيع
بسبب سابق لحق المشتري الثاني فان قيل اذا انفسخ البيع الثاني عاد البيع
الاول على ما كان عليه فسقطت الشفعة بالجواب ان فسخ البيع الثاني انما
هو مقتضى الشفعة فلم يجز ان تسقط به لان في سقوطها تجوز البيع الثاني
وذلك يوجب عود الشفعة قال وكذلك اذا بناه المشتري بطل
حق البايع في النقض في قول ابي حنيفة وللشفيع الشفعة وقال ابو يوسف
ومحمد حق البايع في النقض قائم ولا شفعة للشفيع وهذا فرع على ان المشتري
اذا بنى سقط حق الفسخ عند ابي حنيفة وسقوط حق الفسخ يثبت الشفعة
وعلى قولهما لا يسقط الفسخ بالبناء فلا تجب الشفعة قال فان
قال وكل ما ملك بغير بدل او ملك ببدل ليس بمال فلا شفعة فيه اما المملوك

بغير بدل فالهبة والصدقة لا شفعة فيها وقال ابن ابي ليلى فيها الشفعة
بقية الموهوب لنا انه نقل ملك بغير عوض كالميراث ولانه نقل للملك
ممثل البدل فلا تثبت في الهبة كالمراخمة والتولية واما الميراث فلا شفعة
فيه لان الميراث يملك على حكم ملك الميت وهذا يرد على بايعه بالعيب وكان
ملك الميت لم يزل واما المملوك بالوصية فلا شفعة فيه لانه يملك يتعلق
بالموت كالميراث واما المملوك ببدل ليس بمال كالمهر والبدل في الخلع و
الصلى من دم عهد وقد بينا ذلك في مسئلة النكاح واما الهبة على عوض
فان تقابضا وجبت الشفعة وان قبض احدهما دون الاخر فلا شفعة
وقال زفر تجب الشفعة بالعقد وهذا فرع على حكم هذا العقد فعندنا
عقد عقد هبة وجواز جواز البيع ولا يتعلق بعقد الشفعة كما لا
يتعلق بالهبة بغير عوض فاذا تقابضا صار في حكم البيع فوجبت الشفعة
وعلى قول زفر عقد عقد بيع وجواز جواز البيع فيتعلق به الشفعة
والكلام في هذه المسئلة في كتاب الهبة وعلى هذا قال اصحابنا اذا هب
نصف داره بعوض فلا شفعة فيه لان هبة المتاع فيما يقسم لا تجوز وقال
زفر فيه الشفعة لانه عقد بيع فيجوز في المتاع قال واذا وجبت
الشفعة في البيع او في الهبة بعد التقابض فان كان البدل بماله مثل وجبت
الشفعة بمثله وان كان مما لا مثله وجبت بقيته وقال اهل المدينة اذا لم
يكن للبدل مثل وجبت بقية الدار وانما كان كذلك لان الشفيع انما يستحق على
الوجه الذي استحقه المشتري فاذا استحقه بمكيل او موزون او بعدد

غير متفاوت استحق الشفعة بمثله لان المثل اعدل من القيمة وان كان
نما لا مثله فالقيمة فيه اعدل من المثل فكان للشفيع الاخذ بالقيمة
ولان الشفع ان اخذ من ملك المشتري فقد استحق المبيع عليه وصار
كانه اتلف عليه الثمن فان كان له مثل وجب مثله والا وجبت قيمته
كما يجب في الانلاف وان استحق من يد البائع فقد حق اسقط حق البائع
من الثمن الذي لزم المشتري فكانه اتلفه عليه والذي قاله اهل المدينة
فاسد لان من اشترى دار اقيمها الف بعوض قيمته الفين لو اوجبتنا الشفعة
بقيمتها الدار استحققت على البائع بيد لم يرص به وهذا لا يصح ولا يقال
للبيع لم يرص الا بالعرض ولم يرص بالقيمة لان القيمة مثل فيما لا مثل
له وقد استحققت الشفعة بمثل البدل **فصل** قال فان وهب
رجل لرجل عقارا على غير شرط عوض ثم عوضه بعد ذلك فلا شفعة في
الهبة ولا فيما عوض عنها ولا لان المعوض الملقق بالهبة ليس بعوض
عن الموهوب وانما هو لاستقاط الرجوع بدلاله انه لو وهب غير فعوضه
منها خمسة جاز ولو كان ذلك عوضا عن العشرة لم يجز فاذا لم يكن عوضا
عن الموهوب لم يجب فيه الشفعة **فصل** قال واذا باع سفل عقار
دون علو او علو دون سفل او هما وجبت فيها الشفعة
بيعا جميعا او كل واحد منهما على انفراد قال ابو يوسف وجوب
الشفعة في السفل والعلو استحسان روي ذلك عنه ابن سماعه وبشر
ابن الوليد وعلي بن الجعد اما اذا بيعا جميعا فلا شفعة فيه لانه باع العرضة

حقوقها

حقوقها فتعلق الشفعة بجميع ذلك واما اذا باع السفل دون العلو فلقوله عليه
السلام لا شفعة الا في ربع ولان البادي يخاف فيها على وجه الدوام واما العلو
فلانه حق متعلق بالشفعة على التابيد فهو كفسر البقعة والذي قاله
ابو يوسف من الاستحسان انما هو في العلو لان القياس ان لا تجب فيه
الشفعة لانه لا يبقى على وجه الدوام وانما استحسانه لان حق الوضع
متبادل فهو كالعرضة وقد قال محمد في الزيادات ان العلو اذا انهدم ثم بيع
السفل فالشفعة واجبة لصاحب العلو عند ابي يوسف ولا شفعة
عند محمد فاجري ابو يوسف حق الوضع وان لم يكن هناك بنا مجري الملك
لانه حق ثابت على التابيد لنفس الملك وقال محمد ان الشفعة انما تجب
بالمجاورة فاذا لم يكن هناك بنا لم توجد المجاورة فلا تجب الشفعة وذكر
محمد في الزيادات ان من باع علوا فاحترق قبل التسليم بطل البيع ولم يحك
خلافا قال ابن شهاب هذا ينبغي ان يكون قوله خاصة فاما على قول
ابي يوسف فيجب ان لا يبطل البيع لبقا حق الوضع الا ترى انه اجراه مجري
العرضة في اجاب الشفعة **فصل** قال وما كان من العقار مما
لا يجوز بيعه ولا يملك بالبيع على حال فلا شفعة فيه مثل بيع الاوقاف
والخانات المسبلة والسقايات والابار التي للسبل فلا شفعة في شيء من
ذلك عند من يروي تسبيله جازا ووقفه ومن لم يرد ذلك جازا فهو وسائر
العقارات واحد وفيه الشفعة وذلك لان من صح الوقف منع من انتقال
الملك بالبيع فلم تجب فيه الشفعة ومن لم يصح الوقف جوز البيع ووجب

الشفعة قال **ـ** واجمع المسلمون على ابطال بيع المساجد وذلك لانه
اذا بلي فيها فقد قال الملك عنها باجاء الامة فلا يجوز بيعها قال **ـ**
وما بيع من العقار مشاعا من سائر ما ذكرت لك ما يكون يجوز بيعه ففيه
الشفعة وكذلك ان بيع منه بعض معلوم ففيه الشفعة وجوب
الشفعة في البعض وفي الكل واحد مشاعة ومعينة وما لا يجوز بيعه قابعا
كذلك وذلك لان وجوب الشفعة في النقص المتباع مجمع عليها وجوبها
في الجملة مختلف فيه قال **ـ** ومن اجاز بيع دور مكة ففيها الشفعة
ومن لم يجز البيع في الارض فاجاز في البناء خاصة دون العرصة فلا شفعة
في ذلك لان من اجاز البيع في البقعة فقد نقل الملك من البقعة فتعلق
بها الشفعة ومن لم يجز البيع في البقعة لم ينقل الملك فيها فلم يجب الشفعة
فاما البناء اذا بيع دون الارض فلا شفعة فيه لانه مما ينقل ويحول كالعرو
وقال الحسن عن ابي حنيفة شري دور مكة وبيعها جاز وفيها الشفعة وكذلك
بيع اراضي الخراج وكذلك لانها مملوكة عندنا لان عمر اهل السواد علي
املاكهم فيصح بيعهم فوجب الشفعة فاما علي فاول من قال انه وقف السواد
فينبغي ان لا يجوز البيع ولا تجب الشفعة قال **ـ** وارض القطيعة
والاجارات والاكارات والاجازات اذا باعها صاحب الارض فالبيع
جاز فيها الشفعة فان باع الذي له اجارتها او اكارتها فالبيع باطل
ولا شفعة فيها اما القطايع فهي المواضع التي اقطعها الامام من الموات
فقد ملكت بالقطيعة فالبيع فيها جائز واما الاجارات فهي الارض

7
المملوكة اذا اجرها اربابها من بني فيها او يغرس والاكرات هي الارض
المملوكة يد فيها اربابها الى الاكعة فيزرعونها ويحرقونها والاكرات هو
الرجل يدفع ملكه الخراب الى من يعمد ويستخرجه فاذا باع مالك الارض
في هذه الوجوه فبيعه جائز والشفعة واجبة واذا باع المستاجر
او الاكارا وصاحب الاكادة فبيعه باطل لانه لا يملك البقعة وانما له فيها
حق العمارة فلا يصح بيعه قال **ـ** وبيع الارضين المحيية باذن الامام
جائز فان كان بغير اذن الامام لم يجز روي هذا الثوري حدار عن الحسن
عن ابي حنيفة وهي رواية المجرى وكاب الشفعة للحسن وذلك لان من اصل
ابي حنيفة ان الاحياء لا يجوز بغير اذن الامام فان احيا باذنه ملك وجاز بيعه
وان احيا بغير اذنه لم يملك فلم يجز بيعه فاما علي فاول من قال اني يوسف ومحمد فملك
بالاحياء في الحاليتين فيجوز بيعه وقال ابو يوسف حنيفة بيع دور بغداد وحو
اهل السوق التي للسلطان عليها غلة اذا باعها الذي هو فيها ساكن لا يجوز لان
الدهقان اذا اذن للناس في بناء ملكه لم يزل ملكه عن البقعة فلا يجوز بيع
الساكن فيها قال **ـ** ولو باع بناها ما لم تجب فيه الشفعة وهذا علي ما بينا
وان باع الدهقان الارض فهو جائز وفيه الشفعة لانه يملك البقعة فيجوز
بيعه **فصل** قالوا هل الاسلام في استحقاق الشفعة واهل
الذمة والمستأمنون من اهل الحرب والمأذون لهم في التجارة والاحرار والمكاتبون
والمعتق بعضهم في وجوب الشفعة لهم وعليهم سواء اما الكافر فله الشفعة
وقال ابن شبرمة لا شفعة له وقد روي ان شريكا قضي لذي علي مسلم بالشفعة

وكتب بذلك الى عمرو بن الخطاب فاجاز له ولانه حق متعلق بالبيع فاستوى فيه
المسلم والذمي كالرد بالعيب واما الماذون فهو في حقوق البيع كالحر
وكذلك المكاتب والمعق بعهده مكاتب عند ابني حنيفة وحر عندهما
وكذلك النساء والصبيان فيها وجب لهم او وجب عليهم من ذلك لقوله
عليه السلام الجار احق بسقيه ولم يفصل ولا في حقوق البيع يستوي
فيها اليضا والصبيان كالرد بالعيب قال والخضا فيما يجب على الصبيا
ابائهم فان لم يكونوا فاصبيا الابا فان لم يكونوا فالاجداد من قبل الابا
فان لم يكونوا فالاصبيان من قبل الاجداد فان لم يكونوا فالامام او الحاكم
يقيم عنهم من ينوب عنهم فيه لان الصبي عاجز عن الاستيفاء حقوقه
بنفسه فقام وليه مقامه في ذلك والذي على عليهم هو هو الذي
ذكرهم على الترتيب قال **واهل العدل واهل البغي في الشفعة**
سؤال ان الباع من جملة المسلمين فالمعصية لا تسقط حقه كالغاسق
ولان البغي ليس باكثر من الكفر والشفعة تجب للكافر على ما بينا **فصل**
والشفعة عند اصحابنا جميعا على عدد الروس قلت لان نصبا او كثرت
وكذلك قل ما يجاورون به او كثروا قال الشافعي الشفعة على قدر النصبا
لنا قوله عليه السلام الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فعلقها بالاسم وقد
تساووا في الاسم ولان كل واحد منهم اذا انفرد استحق الجميع قل او اكثر
بالسبب الذي يستحق به صاحبه فاذا اشتركا تساوبا كالاشنين في
الميراث ولانهما تساويا في استحقاق المشفوع فتساويا في قدر الاستحقاق

اصله اذا كان نصيبهما سوا **فصل** قال الجار المستحق للشفعة عندهم
جميعا الملاصق وذلك لان الشفع يستحق الشفعة لانضاله ملكه بالملك المبيع
وهذا لا يوجد في غير الملاصق ولان الشفعة تثبت له ليزيل الشر عن نفسه
وتجعل الملكين ملكا واحدا وهذا لا يكون الا مع الملاصقة قال **ولا يستحق**
الشفعة عندهم بالابواب وقربها لقوله عليه السلام الجار احق بسقيه والسبب
القرب لئلا كان جارا فله الشفعة قال **ومن باع دارا وهو شفعيها فلا**
شفعة له باعها لنفسه او لغيره ومن اشترى دارا وهو شفعيها فله الشفعة
وذلك لان بايع الدار ولو وجبت له الشفعة فسخ بها بيعه وهو لا يملك فسخ ما
باع فاما اذا اشترى فوجوب الشفعة اتمام للشري وهو ما مون باتمامه وعلى
هذا قال اصحابنا في الوكيل بالبيع اذا باع وهو شفعي فلا شفعة له لانه ابطال
لبيعه وهو موكل باتمام البيع ولانه قام مقام الموكل ولو باع الموكل بنفسه لم يجوز
له ان ياخذ بالشفعة فكذلك اذا باع وكيله وقالوا في الوكيل بالشري اذا كان
شفعي فله ان ياخذ بالشفعة لانه ليس في اخذها ابطال للشري ولانه قائم
مقام المشتري ولو اشترى المشتري بنفسه لم تسقط شفيعته فكذلك وكيله
وقالوا فيمن باع عقارا او شرط الخيار لغيره فامضى البيع وهو شفعي فلا
شفعة له لانه قام مقام الباع في اتمام البيع فلم تجب له شفعة كالبايع ولو
شرط المشتري الخيار لغيره فاجاز البيع وهو شفعي فله الشفعة لانه قام
مقام المشتري في اتمام البيع فوجبت له الشفعة كما تجب للمشتري **باب**
ما يستحق به الشفعة قال ابو الحسن الشفعة تستحق عند اصحابنا جميعا بثلاثة معاني

بالشركة خيما وقع عليه عقد البيع او بالشركة في حقوق ذلك او بالجواز الاقرب
فالاقرب اما وجوبها بالشركة فلقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم
ولان الضرر نخشي في ذلك على الدوام وهذا المعنى يثبت به للمشتري حق الجمع
بين الملكين حتي يصير كالمالك الواحد فينتفي عنه الضرر واما الشركة في
حقوق البيع كالشرب والطريق فتعلق به الشفعة عندنا وقال
الثانفي لا تعلق به الشفعة لنا قوله عليه السلام الشفعة للشريك الذي لم
يقاسم وقال جار الدار احق بالدار ينتظر به وان كان غايبا اذا كان طريقهما
واحدا وروي انه قال الشريك احق من الخليط والخليط احق من غيره وهذا يدل
على ترتيب المعنى الذي تعلق به الشفعة واما الجواز فتعلق به الشفعة
عندنا وقال الثانفي لا تجب الشفعة لنا قوله حديث سمع ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال جار الدار احق بشفعة الدار والارض وذكر ابو داود في هذا الخبر
جار الدار احق بدار الجار والارض ولانه معني بملك بالثمن فلا يختص بالمشاع
كالبيع ولان كل سبب جاز ان يملك به بعض الدار جاز ان يملك به جميعها كالبيع
ولا يلزم الفتيمة لانه يجوز ان يملك بها جميع الدار اذا تراضوا بقسمته
العقار بعضه في بعض ولا نخوف الباقي على وجه الدوام سبب لاستحقاق
الشفعة بالملك اصله الملك المشترك واذا ثبت ان الشفعة تتعلق باخذ هذه
المعاني الثلاثة قال اصحابنا اذا اجتمعت المعاني فالملك الشريك في نفس
المبيع وذلك لانه اخضر بالضرر من الجار ومن الشريك في الشرب والطريق
فكان اولي بالشفعة ثم الشريك في حقوق المبيع اولي من الجار لانه اخضر بالضرر

٨
من الجار لكان بالشركة ثم الجار بعد ذلك وقد قالوا في الشريك اذا سلم الشفعة
وجبت للشريك في الطريق فان سلمها وجبت للجار وروي عن ابي يوسف ان الشفعة
اذا اجتمعتوا سلم الشريك الشفعة فلا شفعة لغيره وجه قولهم المشهور ان
السبب الذي يتعلق به حق كل واحد منهم موجود عند عقد البيع وانما تقدم
حق بعضهم لتأكد حقه فاذا اسقط حقه كان لغيره ان يستوفي كغيره الصحة وغير
المرض والدين الذي به رهن والدين الذي لا رهن به اذا اسقط المرتهن حقه لابي
يوسف ان عقد البيع وقع بموجب للشفعة للجار الا ترى انه لا يملك المطالبة
بها فلا يثبت حقه الا بتجديد بيع اصله اذا استحدث الجوار وقال بشر بن الوليد
وعلي بن الجعد سمعت ابي يوسف قال قال بعض اصحابنا لا شفعة الا للشريك
لم يقاسم نصيبه وقال عامتهم للجار الشفعة من قبل قد روي حديثا فيما قال
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن اصحابه فكان احسن ما راينا في ذلك
ان لجار الشفعة من قبل ما يدخل على الجيران من بعضهم من الاء والشفعة
ولا يرى والله اعلم ان الشفعة وضعت في ذلك لاهذا المعنى وكذلك للشريك
الشايع نصيبه في الدار لم يجعل له الشفعة الا لما يدخل في ذلك من التضييق
من بعضهم على بعض وسؤال الاخلاق وليس المنازل والارضون المؤبدة
كالدابة والمملوك والشاة لم تختلف احد في شفعة الرقيق والحیوان
والثياب انه لا شفعة فيها وعلى هذا جماعة اصحابنا وليس لجار الذي
يقضي له بالشفعة الا الملاصق وهذا قول ابي حنيفة وكان ابن
ابي ليلى يقول للجار الشفعة ثم رجع بعد ذلك وقال لا شفعة الا

لشريك لم يقاسم فيحتمل ان يكون ما حكاه ابو يوسف عن بعض اصحابنا
انه اراد به ابن ابي ليلى وقد نبه ابو يوسف على العلة المذكورة وهي
خوف البادي على وجه الدوام وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة
عن حماد عن ابراهيم ان شريكا كان يقضي بالشفعة بالجوار بالابواب
بقرب الابواب الى باب الدار وقال ابو حنيفة بخلاف ذلك فقال
لجار الذي له الشفعة الملاصق وهذا هو الصحيح لان قرب الباب
وبعد ليس له تأثير وانما التأثير للضرر وذلك موجود في الملاصق
دون غيره وروى ابو يوسف عن اشعث بن سوار عن محمد بن سيرين
عن شرح قال الحليط احق من الشفيع والشفيع احق من الجار والجار
احق من غيره قال ابو يوسف ونعتبر ذلك عندنا والله اعلم ان
الشريك الذي لم يقاسم هو الحليط وهو احق من الشفيع والشفيع
الشريك في الطريق والمنازل مقسومة والجار الذي لا شركة له
في المنزل ولا طريق وقد روي ابن سماعة عن محمد في تفسير هذا الحديث
مثل ذلك وقال ابو يوسف في دار بين رجلين ورجل فيها طريق فباع
احدهما نصيبه من الدار فشريكه في الدار احق بالشفعة في ذلك
ولا شفعة لصاحب الطريق وكذلك دار بين رجلين لاحدهما حايط
في الدارين وبين رجل اخر بارضه فباع الذي له شرك في الحايط نصيبه
من الدار والحايط قال فالشريك في الدار احق بالشفعة الدار ولا شفعة
لشريك في الحايط في الدار وله الشفعة في الحايط وارضه اما الطريق

في الدار فصاحبه شريك في حق المبيع والشريك في نفس المبيع اولى
منه واما الشريك في الحايط فهو اولى بالحايط لانه شريك فيه وهو
جار في بقية الدار فالشريك اولى منه قال وكذلك دار بين رجلين
واحدهما بير في الدارين وبين رجل اخر فباع الذي له شركة في
البير نصيبه من الدار والبير فالشريك في الدار احق بالشفعة الدار
ولا شفعة للشريك في البير في الدار وله شفعة في البير وكذلك لانه
شريك في البير والشريك في الدار جار للبير فالشريك فيها اولى بالشريك
في البير جاري بقية الدار فالشريك في الدار اولى منه وقال ابو يوسف
ليس له شفعة فيما يسكن اذا كان شريكا فيما لا يسكن بمنزلة الطريق
والحايط والبيتالي وهذا صحيح في الحايط والبير لانه ليست من حقوق
الدار لان الدار لا شرب لها فاما الطريق فهو من حقوق الدار فهو
فالشريك فيه شفيع في الدار بالدار الا ان الشريك فيها اولى منه
قال وكذلك سفلى بين رجلين واحدهما عليه علوبينه وبين اخر فباع
الذي له نصيب في العلو والسفلى نصيبه من رجل فلشريكه في
السفلى الشفعة في السفلى ولا شفعة له في العلو ولشريكه في العلو
الشفعة في العلو ولا شفعة له في السفلى لان صاحب السفلى شريك
فيه وجار للعلو والشريك في العلو شريك فيه وجار للسفلى والشريك
اولى من الجار قال بشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا ابا يوسف قال
في رجل له سكن علو في الدار وطريقه فيها وبقية الدار لاخر فباع

العلو منزله بطريقه فاراد صاحب بقية الدار ان ياخذ بالشفعة فله
ذلك استحسانا وليس بقياس من قبل ان صاحب العلو لا يعرف له حق
في الارض فهذا القياس ولكن تركت القياس واستحسننا الاخذ بالشفعة
لانه يسكن ويباع ويوهب ويورث ويجوز فيه الوصية فليس لصاحب
الاصل ان يهدمه ولا يحوله عن حاله فهو حق لازم ثابت كبناء بناء رجل
في ارض غيره ثم باعه هذا لا شفعة وجه القياس ان العلو ينفك ويجوز
ولا يبقى هناك غير محل البناء وجه الاستحسان ان حق الوضع متعلق
بالبقعة على التابيد فصارت لنفس البقعة قال ولو ان رجلا له علو في
دار وطريقه في دار اخرى الى جنبها فباع صاحب العلو علوم فاصحاب
الدار التي فيها الطريق اولى بالشفعة وكذا لانهم شركاء في الطريق وصاحب
الدار التي فيها العلو جاور الشريك في الطريق اولى من الجار قال ولو ترك
صاحب الطريق لشفعة وللعلو جار ملاصق اخذ بالشفعة مع صان
السفل لان كل واحد منهما جار للعلو والتساوي في الجوار يوجب التساوي
في الشفعة قال وان كان جار الدار ليس بملاصق وبين العلو وبين مسكنه
طائفة من الدار فصاحب السفل اولى بالشفعة وذلك لان الجوار هو الملاصق
من الملاصقة له لا يستحق الشفعة بالجوار قال ولو لم يبيع صاحب السفل
كان لصاحب العلو اخذ بالشفعة بمنزلة الجوار لا بالشركة وذلك لانه
لاحق له الا المجاورة وحق الوضع ليس بشركة كدارين متجاورين لا حصصهما
خشب على حائط الاخرى فان صاحب الخشب لا يستحق الا بالجوار قال ولو

بيعت الدار التي فيها الطريق اخذها صاحب العلو بالشركة في
الطريق لان له فيها معنى زائدا على الجوار فكان اولى بها من الجار
باب طلب الشفعة قال ابو الحسن
واذا بيعت الدار ولها شفيع فبلغ ذلك الشفيع فان محلا
قال في الاصل ان لم يطلب مكانه بطلت الشفعة وهذا
يقتضي ان الطلب على المجلس وقال ابن سمانة عن ابي يوسف
فلم يطلب حين بلغه بطلت شفيعته وقال في موضع اخر فلم يشهد
ساعتئذ بطلت شفيعته وهذا يقتضي ان الطلب على الفور
وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال ابن رستم عن محمد
اذا بلغت الشفعة صاحبها فسكت فهو رضا ونكاح للشفعة
وهذا على الفور وقال هشام عن محمد في نواذره اذا بلغت
فسكت هنيئة ثم ادعاها من ساعته فهو على شفيعته وهذا
المجلس وقال وكان اصحابنا يقولون الاشهاد في احدي الروايتين على الفور
وعلى الاخرى على المجلس وقال ابن ابي ليلى ان ترك الطلب ثلاثة
ايام بطلت شفيعته وقال الشعبي ان تركها يوما بطلت وقال
شريك لا تبطل ابدا حتى يبطلها بقوله وذكر ابو الحسن ان هذا
ليس باختلاف رواية وانما هو على المجلس كخيار الخيرة والقبول
فكانه حمل رواية ابن سمانة على انه لم يتشاغل عن الطلب وذكر
هشام في نواذره قال سالت محمدا عن رجل قبل له ان فلانا يبيع داره

وهو شفيعها فقال الحمد لله قد ادعت شفعتها او قال
سبحان الله او قال الله اكبر قد ادعت الشفعة اولي صاحبه
الذي يدعي الشفعة قبله فبلاه بالسلم قبل ان يدعي الشفعة ثم
ادعاها او قال حين اخبر بالبيع من اشتراها او بكم باعها او عطس
صاحبه فشتمته قبل ان يدعي الشفعة ثم ادعاها قال محمد في
هذا كله هو علي شفيعته قلت لمحمد فمن قال اذا لقيه فسلم عليه
بطلت شفيعته فانكر ذلك اشدا لا نكار وقال محمد اذا بلغه
فسكت هنيهة ثم ادعي من ساعته فهو علي شفيعته قال
ابو الحسن وما حكاه هشام يدل على صحة ما قلناه اما وجه الرواية
التي اعتبر الفور فقوله عليه السلام الشفعة لمن وابتها وقال
انما الشفعة كنشطة عقلا ان قيدتها والاذهبت واما
وجه الرواية التي اعتبر المجلس فلانه خيار تلك كخيار القبول
والمخبرة ولانه يرتأي لينظر هل يصلح له الاخذ ولا يصلح وذلك
لا يمكن على الفور واذا ثبت انها على المجلس وهو اصح الروايتين
كان علي شفيعته ما لم يعم او يتشاغل بخير الطلب فان قيل اذا
قال الحمد لله او سبحان الله فهذا اعراض قلنا هذا يذكر لاقتراح
الكلام فلا يدل على الاعراض وكذلك السلم وتسميت العاطس
ليس يدل على الاعراض فلذلك لا يبطل به خيار المخبرة فاما
قوله من ابتاعها وبكم بيعت فليس باعراض وانما هو سبب

الطلب

الطلب الا ترى انها قد تصلح له بمن دون من ويصلح له مجاورة
رجل دون غيره فالمسئلة عن ذلك من اسباب الشفعة فلا
يسقطها وكان ابو بكر الرازي يقول اذا بلغه البيع وليس
حضرته من يشهد فقال اني مطالب بالشفعة ثم نهض الي
من يشهد فهذا صحيح لان الشفعة انما يثبت بالطلب
وانما يشهد لانه لا يصدق على الطلب بخير بينة واذا لم
يكن هناك من يشهد طلب الشفعة حتى لا يسقط فيما بينه
وبين الله تعالى وقال الحسن بن زياد قال ابو حنيفة لو ان
رجلا باع دارا ولها شفيع غائب فان علم بالبيع وهو غائب
فاشهد حين علم او وكل من ياخذ له بالشفعة كان علي شفيعته
وكان جائزا وان لم يشهد ولم يوكل حين بلغه ففرط في ذلك ساعة
او يوما او اكثر من ذلك لم يكن له بعد ذلك شفعة وذلك
لان حق الشفعة يثبت بالمطالبة والغائب يقدر على
الاشهاد على المطالبة كما يقدر الحاضر فجزا جزا واحدا
وانما جعل توكيله بمنزلة مطالبة لان الوكيل بالمطالبة
مطالبة وزيادة فقام ان يصرح بالمطالبة قال
ابو الحسن وقولا اصحابنا في الغائب اذا علم مثل قولهم
في الحاضر في صحة الطلب ولكن له من الاجل في القدر
من بعد ذلك مقدار المسافة فان لم يقدم ولم يوكل من

ياخذ له بالشفعة بطلت شفעתه وذلك لان الحاضر
اذا اشهد في المجلس كان عليه ان يشهد بعد ذلك على
مطالبة البايع ان كان المبيع في يده او على المشتري
او عند العقار على بائنيه فاذا اشهد الغائب في
مجلسه صار كالحاضر اذا اشهد ولا بد له بعد ذلك
من مطالبة البايع او المشتري او الاثهاد عند العقار
فقد رواله مقدار ما يمكن فيه من الشئ حتى يحضر فيطالبه
او يحضر وكيله فان لم يفعل ذلك مع الامكان صار
كالحاضر اذا اشهد ثم لم يطالب البايع ولا المشتري ولا
عند العقار فسقطت شفעתه قال بشر وعلي عن
ابي يوسف وان كان الشفيع غائبا فاذا علم فله من الاجل
بقدر المسافة اما ان يقدم او يبعث وكلا في طلبها
وذلك بعد ان يشهد حين يعلم على شفעתه ويسمى الدار
او الارض والموضع وتحد حتى يثبتوا ثقتهم وقال
محمد في كتاب الاصل اذا اشترى الرجل دارا والشفيع
غائب فعلم بالمشتري فله من الاجل بعد ان علم على قدر
المسير فان مضى ذلك الاجل قبل ان يطلب او يبعث
من يطلب فلا شفعة له وهذا على ما قدمنا وانما شرط
ابو يوسف تسمية المبيع والتحديد لان المطالبة

لا يصح

لا يصح الا في معلوم فاذا اشهد على الطلب فلم يبين
المطلوب لم يكن للمطالبة اختصاص بمبيع دون مبيع
فلا يتعلق بها حكم قال واذا بلغ الشفيع بيع الدار التي
هو شفيعها واشهد على طلب الشفعة ثم ترك الحضور
فيها بعد اشتهاده فان ابن سماعة قال سمعت محمدا يقول
في رجل اشترى دارا فطلب الشفيع الشفعة واشهد
على المشتري بذلك فهو على شفעתه ابدأ في قول ابي حنيفة
وقال محمدا يستحسن في ذلك اذا ترك شهدا من غير عذر
بطلت شفעתه وهو قول زفر وقال بشر وعلي عن ابي يوسف
اذا علم فاشهد ثم كف عن الطلب ولم ياخذ في العمل فلا شفعة
له وقال الحسن اذا اشهد ثم كف عن الطلب شهدا او اكثر
لم يكن شفعة الا ان يكون القاضي معتلا او غائبا وهذا
على قياس قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف وبه نأخذ
وقال النضر عن ابي يوسف انه على شفעתه ما لم يمكنه
التقدم الى القاضي بقدر ما يطرح رفعتة قال وهذا
قول ابي يوسف وقال زفر ما بينه وبين شهر قال النضر
وروي عن ابي حنيفة انه على شفעתه ابدأ اذا اشهد
وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره في الشفيع
اذا اشهد على طلب الشفعة ثم لم يخاصم ولم يتقدم الى القاضي

في الشفعة في مثل ما يقدر على التقدم الى القاضي فيه فقد
بطلت شفعته واذا شهد على طلب الشفعة ثم تقدم الى
القاضي مرة او مرتين فهو على شفعته وقال ابن رستم عن
محمد اذا شهد ثم مكث شهرا بطلت شفعته الا من عذر
حبس او مرض لا يقدر ان يوكل ولا يصدق على العذر
بقوله الا ان يعلم ذلك وقال هشام سالت محمدا عن قول
ابي حنيفة فيمن طلب الشفعة عند غير القاضي ثم
سكت قال كان يقول هو على شفعته ابداما لم يقل باللسان
قد تركها وكذلك قول ابي يوسف قال محمد فاما في قولي فان
سكت بعد الطلب شهرا بطلت شفعته قال هشام سالت
ابي يوسف عن رجل شهد على شفعة ثم غاب غيبة سفر
فاقام فلم يطلبها ثم طلبها بعد هله شفعة قال اما الغائب
فلا واما المقيم فاذا كان حدر بقدر ارتقاعه الى الحاكم
واثباته حقه ونحو هذا فهو على شفعته فقلت هل
يوقت في هذا وقتا قال لا الا قدر اثباته حقه وارتقاعه
الى الحاكم فحصل من هذه الروايات ان عند ابي حنيفة اذا
شهد لم يسقط شفعته بالتأخير الا ان يسقطها بلسانه
وعلى احدي الروايتين عن ابي يوسف في الرواية الاخرى اذا
نزل الخاصة الى القاضي في زمان يقدر على الخاصة فيه

بطلت

بطلت شفعته ولم يوقت وقال محمد وزفر اذا انخر المطالبة
بعد الاشهاد شهرا من غير عذر بطلت شفعته قال
الحسن وهو قياس قول ابي حنيفة وجه قول ابي يوسف
ان المطالبة حق يتعلق بعقد البيع فاذا استقر بالاشهاد
لم يسقط بالتأخير كما رد بالعيب لمحمد وزفر ان الشفعة
تثبت لازالة الضرر عن الشفيع فلو جوز باله تأخير
لخصومة ابداء ضرر ذلك بالمشتري لانه لا يقدر على البناء
ولا على الغرس مخافة ان ياخذها الشفيع فلم يجز الحاق
الضرر بواحد منهما وقد رد محمد ذلك بالشهر لانه في حكم الكبر
الا ترى انه يجعل اجلا في الدين وما دونه في حكم اليسير
فلم يعتد به واعتبر شهرا من غير عذر لان العذر المانع من
الخاصة ليس بتفريط فلا يسقط الشفعة ولم يقدر ابي يوسف
لنا خبر مقدارا وانما جعل على قدر ما يرى القاضي لان ذلك
يختلف باختلاف الاحوال والجواب عما قاله ان دفع الضرر
عن الشفيع يجب وان ادي الى ضرر بالمشتري لا ترى ان اخذ
الملك فيه لحاق ضرره ويجب لازالة الضرر عن الشفيع
فاما قولنا انه لا يقدر على البناء والغرس فلا يلزم ابا يوسف
لان عنده ان الشفيع ياخذ بالثمن وبقيمة البناء والغرس
فاما ابو حنيفة فيقول هذا ضرر التزمه المشتري بدخوله في

العقد **فصل** وقال ابن شجاع عن الحسن والنضر بن جدار
عن الحسن عن أبي يوسف إذا اشترى الرجل دارا فبلغ الشفيع
فعلبه أن يشهد إذا بلغه ذلك حرا كان المخبر أو عبدا أو صبيا
أو امرأة عدلا أو غير عدل إذا كان ذلك الخبر حقا وكذا رواه
محمد عن أبي يوسف وهو قوله ورواه هشام عن محمد قال
فأما علي قياس قول أبي حنيفة فحق بحرم رجلان أو رجل
وامرأتان عدول وهذا نظير اختلافهم في المولى إذا بلغه
أن عبده قد جنى قال أبو حنيفة اعتبر في الخبر أحد شرطي
التمارة أما العدد أو العدالة وقال أبو يوسف ومحمد إذا
أخبر واحد فلم يشهد بطلت الشفعة وكذلك إذا أخبر
بجناية عبده فاعتقه صار مختارا عدلا كان المخبر أو غير
عدل لأبي حنيفة أن هذا الخبر أخذ شبهها من أصلين من الشهادة
لأنه يوجب الضمان على المولى فيسقط حق الشفيع وأخذ شبهها
من الأخبار لأنه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة فالحق بالشبهين
فاعتبر فيه أحد الشرطين أما العدد أو العدالة وجه قولها
أنه من أخبار المعاملات فيقبل فيه قول الواحد عدلا كان
أو غير عدل كسائر أخبار المعاملات وأما الذي رواه الحسن
عن أبي حنيفة من اعتبار أحد شرطي الشهادة فلا نه يسقط به
حق الشفيع فلم يجز إلا بقول من يثبت بقوله الحق كالشهادة على

١٤
البراءة وقد قالوا في المخبر إذا بلغها التخيير لم يعتبر فيه أحد شرطي
الشهادة لأن ذلك لا يتعلق به إيجاب الضمان عليها وروى الحسن
عن أبي حنيفة أن المشتري إذا قال للشفيع قد اشتريت فسكت
بطلت شفيعته وإن لم يكن للمشتري إحدى صفات الشهادة
لأنه ليس بمخبر وإنما هو خصم والدعوى في الخصومة لا تعتبر
فيها العدالة **باب** **ابن يطلب الشفعة**
قال أبو الحسن إذا بيعت الدار في مصر والبائع والمشتري
والشفيع في ذلك المصر أو في مدينة أو في قرية وهم جميعا
حضور في ذلك الموضع الذي البيع فيه فإن الشفيع أن قصد
إلى الدار المبيعة أو الأرض فاشهد بضد ها وأعلن كان
ذلك جائزا وأن قصد البائع أو المشتري والدار غير مقبوضة
فاشهد صح ذلك فإن قبضت الدار فلا خصومة بينه وبين
البائع ولا علة فإن شهد عند الدار صح وإن شهد على
المشتري صح قال والأصل في هذا أن الشفعة تتعلق بعقد
البيع وتستقر بالاشهاد وتملك بالآخذ وإنما تعلقت بالبيع
لأنها تجب لرغبة البائع عن ملكه وإنما تستقر بالاشهاد
لأنها حق ضعيف تنسقط بالآغراض ولا يعلم أنه مطالب
أوليس بمعرض إلا بالاشهاد وإنما تملك بالآخذ الحكم لأنه نقل
ملك فلا بد فيه من التراضي أو حكم الحاكم وقد بينا صفة الاشهاد

في المجلس الذي يعلم فيه الشفيع الا ان المطالبة لا تكون الا بمطالبة
المطلوب والاشهاد في المجلس انما هو حوي يعلم انه ليس بمعرض ثم يحصل
مطالبة المطلوب بعد ذلك من غير تشاغل بشي من القدر فان كان المبيع
لم يقبض فهو بالخيار بين مطالبة البايع او المشتري والاشهاد عند العقار
لان الشفيع تثبت له خاصة المبيع مادام المبيع في يده فصحت مطالبة
وكذلك يطالب المشتري لان الملك له وحقه متعلق وكذلك ان اشهد
عند العقار لان حقه متعلق بعين العقار فكان له ان يشهد على ما
تعلق حقه به فاما اذا سلم البايع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لانه خرج
من الخصومة الا تري انه لم يبق له يد في البيع ولا ملك فصار كالاجنبي **قال**
وان كان البايع والمشتري عقدا البيع في غير الموضع الذي فيه الدار وعلم
الشفيع انهما يبدا اخر فليس عليه ان ياتيها حيثما ويشهد عند الدار
قال هشام سالت محمد بن رجل باع دارا والدار بالكوفة والبايع والمشتري
بغير الكوفة والشفيع بالكوفة قال علي الشفيع ان ياتي الدار فيشهد
عندها ويعلن بطلب الشفعة قلت لمحمد وان لم ياتي الدار عند ذلك
انتقل شفيعته قال نعم قال محمد اذا شهد علي الشفعة عند الدار فليس
عليه ان يتبع المشتري ولا يبعث وكلا اذا كان غائبا عن المصر فهذا
علي ما بينا انه يتخير بين الاشهاد علي المتبايعين او عند العقار فاذا
قدر علي العقار واشهد فقد استقر حقه فلا يسقط بترك الاشهاد
علي المتبايعين قلت فان كان الشفيع بغير المصر الذي بيع فيه الدار

١٦
قال عليه ان يذهب في طلبها ولا بد له من الاشهاد على احد
المتبايعين او العقار لما بينا ان المطالبة لا تكون الا للمطلوب
فاذا لم يطلب بطلت شفيعته قال ابو الحسن واذا صح الاشهاد علي
ما ذكرنا واراد ان يقضى له بالدار فان كانت الدار لم تقبض احضر البايع
والمشتري جميعا ولا يقضى له حتي يحضرا جميعا فان حضر احدهما
دون الاخر لم يحكم له بها اما ثبوت خاصة البايع فلان له في الدار يد
مستحقة وكانت الخصومة ثابتة قبله كالمالك ولان حق الشفيع ثبت
خروج المبيع من ملك البايع قبل دخوله في ملك المشتري فصار كمن ادعي
انه اشترى هذه الدار قبل هذا المشتري فثبتت له خاصة البايع الا
ان القاضي لا يحكم بينهما الا بحضور المشتري لان القضاء علي البايع لشفعة
فسخ للملك المشتري فلا يجوز الا بحضور او حضور من قام مقامه ولان
حقا في الحضور ليدكي لحيته فوقف الحكم علي حضوره واما اذا كانت الدار
قد قبضت فالخضم هو المشتري وحده فاذا حضر حكم عليه لان البايع لا ملك
له ولا يد فصار بعد التسليم كالاجنبي فلا يعتبر حضوره في صحة الحكم
قال فاذا حكم الحاكم للشفيع علي ما ذكرنا والدار في يد البايع انتقض البيع
الذي كان بين البايع والمشتري ويسلم الشفيع الثمن الي البايع وكانت هذه
الشفيع علي البايع ويرجع المشتري علي البايع بالثمن ان كان قد نقده اما
فتح البيع فهو المشهور من قولهم فروي ابن سماعة عن ابي يوسف ان البيع
لا ينتقض وجه قولهم المشهور ان حق الشفيع سابق لحق المشتري فاذا قضى

له بالملك الحق سابقا ففسخ ملك المشتري كما لو قضي للمستحق ولأن القضا للشفيع
يسقط قبض المشتري وما اسقط القبض بطل البيع كهلان المبيع لا يثبت
ان الشفعة انما تجب بسبب الشري فصارت من حقوقه وحقوق التي
لا تنافيه ولأن الشفعة لما تعلقت بعقد البيع لم يجز ان يفسخ بها لان
ذلك يودي الى سقوطها قال ابو يوسف وقياس قولاي حنيفة في جواز
بيع العقار قبل القبض يقتضي ان لا يفسخ البيع باخذ الشفع لان
الشيء ما خوذ من ملكه فكانه باعه قال وهذا ليس بصحيح لان المشتري
من المشتري يقوم قبضه مقام قبضه فلا يودي ذلك الى اسقاط القبض
وقبض الشفع لا يقوم مقام قبض المشتري فيؤدي ذلك الى اسقاط القبض
قال وان اخذ من يدي المشتري فالبيع الاول صحيح ويدفع الشفع المثل
الى المشتري وذلك لان الشيء انتقل من ملك المشتري فلم يوجب ذلك فسخ
بيعه كما لو باعه فان قيل اذا كان الشفع يستحق بسبب سابق لحق المشتري
فاذا اخذ الشيء من يدي المشتري افسخ ملك المشتري كما يفسخ اذا اخذ من
يدي البائع اصله المستحق اذا اخذ من يدي المشتري فالجواب ان اخذ الشفع
من يدي المشتري لو كان فسخا لم يجز ان يقضي عليه الا بحضور البائع فلما اتفقوا
انه يقضي على المشتري بالشفعة بغير محضر البائع دل على ان الاخذ منه
ليس بفسخ وبغيره وهذا الاستحقاق لا نانتبين بالاستحقاق ان البائع
لم يكن مالكا لم يباع فاذا لم يجز المستحق بطل البيع وفي مسألة الشفعة لا سير
ان البائع لم يكن مالكا وانما فسخنا البيع اذا اخذ من يدي البائع سقوط القبض

١٦
وهذا لا يوجد اذا اخذ من يدي المشتري واذا ثبت ما ذكرنا قلنا ان كانت
الدار اخذت من يدي البائع فالعهد عليه لان العهد ضمان الثمن عند
الاستحقاق والبائع هو القابض للثمن فكان رده عليه ولأن البيع انفسخ
بين البائع والمشتري وانتقل المبيع من ملك البائع الى ملك الشفع فكانت
عهده عليه واما اخذت من المشتري فالعهد عليه لانه هو القابض
للمثل ولأن الشيء انتقل من ملكه وروي ابن سماعة وبشر بن الوليد عن
ابي يوسف ان المشتري اذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضي للشفيع
بالشفعة فحضر من البائع والمشتري فان الشفع يقبض الدار من
البائع وينقد الثمن للمشتري وعهده عليه وان كان لم ينقد الثمن دفع
الثمن الى البائع وعهده عليه وذلك لان البائع اذا قبض الثمن فلم يبق
له حق في امساك المبيع والقضا عندك ليس بفسخ لملك المشتري وانما
هو استحقاق عليه فكان الثمن له واما اذا لم يقبض البائع الثمن فللبائع
حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فلم يتوصل الشفع الى اخذ الدار الا بدفع
الثمن الى البائع وقال في الاصل ان كان الشفع بالكوفة حيث الدار
والمشتري والبائع بالسواد فلم يشهد علي طلبا لشفعة وشخص
الى المشتري فهذا تسليم من حيث ترك الاشهاد علي طلبه وكذلك لو كان بحقة
المشتري والبائع ففخص الى موضع الدار ولم يشهد علي المشتري والبائع
فهذا تسليم وذلك لانه يقدر علي المطالبة في مكانه فاذا تركها مع القدرة
بطلت شفيعته وانما يخبر بين الاشياء الثلاثة اذا جمعها موضع واحد

قال — واذا كان في غير مصر البائع والمشتري والدار فإلى
 أيهم شخص بطلت الشفعة إلى البائع أو المشتري أو الدار فهو على
 شفعته لأنه لا بد له من المطالبة في أحد المواضع الثلاثة ولا يمكنه
 جمعها بقصد واحد مع اختلافهم فلم يبق إلا أن يقصد أخذها فلم يبطل
 بقصد الشفعة كما لو كانوا في مصر واحد فقصد أحدهم قال أبو الحسن
 إن حال بين الشفيع وبين الأشهداء عند أو على البائع أو المشتري أو على
 أحدهما حائل لا يستطيع أن يصل إلى ذلك معه ولا أن يبعث وكيلًا
 فهو على شفعته إلى أن يزول الحائل المانع ثم يعود إلى من بينهم على ما ذكرنا
 وذلك لأن نزول المطالبة يسقط الشفعة لأنه يدل على الاعراض فإذا
 كان هناك مانع من المطالبة فالظاهر أن ترك المطالبة للمانع فلا يسقط
باب ما تحده الشفيع مما يبطل الشفعة
أولا يبطل قال أبو الحسن وإذا اشترى الرجل دارا ولها شفيع فسأله
 الشفيع المشتري على الدار أو سألته أن يوليها إياها أو استأجرها من
 المشتري أو كانت أرضا فأخذها مزارعة أو كانت نخلا فأخذها معاملة
 وذلك كله بعد علمه بالشري فذلك كله تسليمه للشفعة وكذلك لو رآه
 على ذلك مراوضة ولم يقع بينهما عقد وذلك لأن حق الشفعة حق ضعيف
 بدلالة أنه يبطل بالسكوت والاعراض فما استدله به من الأفعال على
 الاعراض يسقطه أصله خيار المعتقة والخبرة وقد روي أنه عليه السلام
 قال للمريق إن وطبك زوجك فلا خيار لك فجعل تمكنها له من الوطء دالة

١٧
 على اختيارها بتيقية النكاح فإذا ساءم الشفيع المشتري فقد التمس
 الشري منه وذلك تقرير للملكه فبطلت شفعته فاما إذا استأجر
 واحدا الأرض مزارعة أو النخل معاملة فكل متعاقدين دخلا في عقد
 فدخولها فيه رضي بتيقيته والعقد لا يبقى بينهما إلا مع ترك الشفعة
 فصار دخول الشفيع في العقد إسقاطا للشفعة في مدة الاجارة والمزارعة
 فيسقط فيما بعد أيضا قال ولو صالح المشتري الشفيع من الشفعة على درهم
 أو عرض فالصالح باطل وورد ذلك على المشتري وبطلت شفعته وذلك لأن
 الشفعة لا يصح أخذ الغرض على إسقاطها لأن المبيع قبل إسقاط الشفعة
 وبعد إسقاطها على وجه واحد فلا يكون في ذلك معنى بملكه المشتري
 بآثار العوض فصار أكمل مال بباطل وعلى هذا قال أصحابنا إذا قال الزوج
 اختاري بالف أو قال العنين لامراته اختاري ترك الغنم بالف فاختارت
 لم يثبت العوض لأنه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعد على وجه واحد
 فصار أكمل مال بباطل وإذا ثبت أن الشفعة لا يصح أخذ العوض عن
 إسقاطها وسقوطها لا يقتضي العوض فبطلان العوض فيها من طريق
 الحكم لا يمنع من سقوطها كالمسئلة إذا طلق امرأته على خمر بطل الخمر من طريق
 الحكم ولم يبطل الطلاق وقد اختلفت الرواية في الكفالة بالنفس إذا
 أسقطها بعوض فقال في أحادي الروايتين الكفالة باطلة والعوض
 باطل وسوي بينهما وبين الشفعة لأن إسقاط الحق فيها لا يقف على عوض
 فبطلان العوض من طريق الحكم لا يمنع من بطلانها وقال في الرواية

الآخري لا يسقط وذلك لأنها حق قوي أقوى من الشفعة بدلالة
أنها لا تبطل بالسكوت والأعراض ولم يرض باسقاطها إلا بعوض فإذا
لم يسلم العوض لم تسقط قال وكذلك إن باع الشفيع داره التي يشفع
بها بعد شري المشتري وهو يعلم بالشري أو لم يعلم فقد بطلت
شفعته لأنه يستحقها بالجوار وقد زالت المجاورة ولو رجعت
إلى ملكه وقد فسخ البيع بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار روية
أو شرط فليس له أن يأخذ بالشفعة لأنها بطلت بيبته فلا يقو
الإبعاد سببها وهو البيع قال وإن باع الشفيع داره على أنه
بالخيار بعد شري المشتري فهو على شفعته ما لم يوجب
البيع لأن ملكه لم يزل عما يشفع به قال فإن طلب في مدة الخيار الشفعة
كان ذلك بقضاء منه للبيع لأن طلب الشفعة يدل على اختياره لتبعية
البيع على ملكه وذلك سبب مسقط لخيار الباع ولو باع الشفيع
الدار بيعاً فاسداً وقبض المشتري والبيع الفاسد من البيوع
التي تملك به لطلب الشفعة فإن نقص البيع الفاسد ورد عليه
فلا شفعة له وذلك لأن البيع الفاسد إذا اتصل بالقبض أزال الملك
كالصحيح قال ولو أن الشفيع باع نصف داره أو ثلثيها أو أكثر من
ذلك بعد أن بقي منها شيء وما باع شافع فله الشفعة فيما
بقي وذلك لأن الثاني على ملكه في الدار لو كان موجوداً في
الابتداء استحق به الشفعة فكذلك في حال البقاء يستحق

١٨
به قال ولو باع منها بيتاً أو حجرة وليس مما يلي الدار التي
بطلت شفعتها وذلك لأنه يستحق بالجوار وهو موجود فيها
بقي من الدار وإن كان باع مما يلي الدار قال أبو يوسف فهو على وجهين
إن كانت قد استغرقت حد الدار التي فيها الشفعة فلا شفعة
للباع وإن كان بقي من حد هاشي ملازق لما بقي من الدار فهو
على شفعته لأنه إذا استغرق الحد بالبيع فلم يبق له
جوار فسقطت شفعته وإذا لم يستغرق الحد فقد بقي
ما لو كان موجوداً في الابتداء استحق به الشفعة فذلك
البقاء قال ولو كان الشفيع شريكاً وجاراً فباع نصيبه
الذي يشفع به لجار له أن يطالب بالشفعة بالجوار
وهي أيضاً رواية الأملار وأما علي بن الجعد عن أبي يوسف
لأنه يستحق الشفعة بشيين فإذا باع البعض فقد
بقي الآخر وهو ما يستحق به الشفعة في الابتداء فذلك
في حال البقاء قال ابن الجعد وسمعت أبا يوسف قال
في رجل اشترى داراً ولها شفيع فقال للشفيع أخذ
نصفها بالشفعة فقال له المشتري هذا منك تسليم
قال أبو يوسف ليس هذا بتسليم وقال محمد في مثل هذا
هو تسليم قال ابن سماعه في نواذره إلا أن يكون الشفيع
طلب من المشتري الدار كلها بالشفعة فلم يسلم المشتري

له فقال اعطني نصفها على ان اسلم له النصف او اعطني نصفها
واسلم لك النصف فان هذا لا يكون تسليمًا وهذا كله لا يكون
تسليمًا في قول أبي يوسف وان كان الشفيع قاله مبتدئًا
وجه قول أبي يوسف انه تسليم للشفعة في النصف
بعوض يجوز ان يستحقه بالشفعة فاذا لم يتسلم له لم يصح
اسقاطه كمن طلق امراته على الف فلم يسلم له لم يقع الطلاق
وليس كذلك اذا سلم على دراهم لانه اسقط حقه على عوض لم
يجوز ان يستحقه بالاسقاط فصار كالمسلم اذا طلق امراته
على خمر فقلت ان الخمر يبطل ولا يبطل الطلاق وجه قول
محمد ان الشفيع لما اسقط حقه في النصف فكانه ترك المطالبة
بشفعته فسقط فيه كالوزك المطالبة بالجميع واذا سقطت
في النصف سقطت في الباقي لان الشفيع لا يملك تبعض
الشفعة على المشتري وليس كذلك اذا اشهدا بتدائس
قال ذلك لانه ترك المطالبة بالنصف وذلك لا يسقط
شفعته كالوزك المطالبة بكل بعد الاشهاد قال فاذا
سلم الشفيع الشفعة وهو لا يعلم بالشري فالشليم جائز
كان المشتري غائبًا او حاضرًا بعد ان يكون التسليم بعد
البيع وذلك لان التسليم صريح في اسقاط الحق فيستوي
فيه العلم والجعل كالطلاق والعتاق والبراءة من الدين

١٩
وعلى هذا جعل بيع الشفيع لداره ابطالًا للشفعة علم بها
اولم يعلم لان المعنى الذي به يتعلق الاستحقاق زال
وقال في مساومة الشفيع للمشتري واستيجاره ان
كان ذلك بعد العلم سقطت الشفعة والالم يسقط
لانه ليس بصرح اسقاط وانما يستدل به على الاعراض
وذلك لا يكون الا بعد العلم قال وان كان التسليم قبل
عقد البيع فالشليم باطل لانه اسقاط حق قبل
وجوبه ووجوب سبب وجوبه الا انه لا يصدق انه
لم يعلم لانه اسقاط الحق في الظاهر وانما يتصور ذلك
اذا صدقه المشتري انه اسقط قبل البيع **باب**
الشفيع بخير بعقد البيع فيسلم ثم يعلم
ان البيع كان بخلاف ذلك قال ابو الحسن
واذا اخبر الشفيع ان دارا بيعت بالف درهم وهو
شفيعها فسلم الشفعة ثم علم انه اشتراها باكثر من
الف درهم فالشليم جائز وان كانت بيعت باقل من الف
فالشليم باطل وله الشفعة قال الشيخ والاصل في ذلك
ان الغرض في الشفعة مختلف باختلاف قدر الثمن
وجنسه وتختلف باختلاف المشتري وبصفة المبيع
فيكون للشفيع غرض في بعض الوجوه دون بعض فاذا سلم

على وجه فبان ان الشري وقع على وجه اخر فكان التسليم وقع
بالشرط الذي اخبر به فاذا اوجد ذلك الشرط بقيت الشفعة
حالتها واذا ثبت هذا قلنا اذا قيل له انها بيعت بالف فانما
سلم لانها لم يصلح له هذا القدر من الثمن واذا كان البيع باكثر من
الف فاو لي ان لا يصح له وليس كذلك اذا بان انها بيعت
باقل من الف لانه انما سلم الشفعة بالف استعطاها للثمن
فاذا بان انه اقل صلت له الدار به فكانه قال سلمت
شفعتي ان كان الثمن الف او اما اذا سلم الشفعة وقد اخبر
ان الثمن الف فاذا هو مائة دينار فان كانت قيمتها الف
او اكثر صح التسليم وان كان قيمتها اقل من الف فله الشفعة
وقال زفر له الشفعة في الوجهين جميعا وجه قولهم ان
الدراهم والدنانير في حكم الجنس الواحد لانها اثمان الاشيا
فوجب ان يعتبر اختلاف القيمة فيهما كما يعتبر في الجنس
الواحد ولانه لا يفعل بواحد منهما الى الاخر فلم يحزان
يكون التسليم بمعنى يعود الى الجنس فلم يتيق الا ان يكون
القدر وليس هذا كما لو اخبر انها بيعت بخنطة فسلم ثم بان
انها بيعت بشعر قيمته مثل الخنطة او اقل فله الشفعة
وذلك لان هذه الاجناس لم تجر بحري الجنس الواحد وينقل
على الانسان نقل بعضها الى بعض فجوز ان يكون سلم لانه

لا يقدر على الخنطة وعندك شعير يتسهل عليه الاخذ به فلم
يكن ذلك تسليما وجه قول زفر ان الدراهم والدنانير جنسان
مختلفان تجب الشفعة بهما فاذا سلم في احدهما لم يكن تسليما
في الاخر كما لم كيلات واما اذا بلغه انها بيعت بالف ثم علم
انها بيعت بمكيل او موزون غير الدراهم والدنانير او محدود
غير متفاوت فشفعته باقية وتسليمه باطل لانه يجوز
ان يكون سلم لانه لا يقدر على الدراهم وهو يقدر على الجنس
الذي بيعت به فكانه سلم ان كان البيع بالدراهم واما اذا
بان ان الشري يعرض من العروض مما لا يجب الشفعة بمثله
وانما تجب بقيمته فان كانت قيمته مثل الف واكثر فهو
تسليم وان كانت اقل فليس بتسليم لان الغرض لا تجب الشفعة
بمثله وانما تجب بقيمته والقيمة من جنس الدراهم فكانه
سلم فقد بلغه قدر من الدراهم فبان قدر اخر فان كان
اكثر صح التسليم وان كان اقل فليس بتسليم واما اذا بلغه
ان الثمن عرض فسلم ثم وجد الثمن من صنف اخر فيما تجب
الشفعة بمثله فله الشفعة لان الشفعة انما سلمها
لان الجنس الذي بلغه لا يقدر عليه ويجوز ان يتيسر عليه
جنس اخر واما اذا بلغه انه اشترى نصف الدار ثم علم انها
اشترت كلها فله الشفعة ولو قيل له انها اشترت كلها

فسلم الشفعة ثم بان انه اشترى نصفها كان التسليم جائزا
عليه وذكر النمر بن حذار ضد هذا فقال اذا قيل له انها
بيعت كلها فسلم ثم بان ان نصفها بيع فسلم فبان انها بيعت
كلها فلا شفعة له وجه رواية الاولى وهي المشهورة انه
اذا بلغه بيع النصف فانما يسقط حقه عن النصف ولم
يسقط حقه عن الباقي فلم يجز ان يلزمه اسقاط الحق في بقية
الدار ولانه سلم في النصف لئلا يستضرر بالشركة لانها
عيب فاذا بيعت كلها فلا ضرر بالشركة ولا عيب فتثبت
له الشفعة واما اذا سلم الشفعة في جميعها فقد سلم في كل
حق منها ولانه اذا سلم مع عدم العيب والضرر بالشركة
فتسليمه مع وجودهما اولى واما وجه رواية النمر فلان
الانسان قد يسلم الشفعة في الكل لانه لا يجد مقدارا ثمنه
ويصلح له البعض لانه يمكن من ثمنه واما اذا سلم في البعض
فقد سلم لعجزه عن بعض الثمن فهو في جميعه اعجز واما اذا اخبر
ان المشتري زيد فسلم ثم علم ان المشتري عمرو فهو على شفيعته
وذلك لان الانسان قد يصلح له مجاورة واحد ولا يصلح له مجاورة
اخر فلم يكن التسليم لواحد تسليميا لغيره لانه اسقط حقه قبل
زيد فيبقى حقه قبل عمرو وحاله واما اذا اخبر ان المشتري
زيد فسلم ثم بان ان المشتري زيد وعمرو اخذ نصيب عمرو وسلم

٤١
نصيب زيد لانه لما سلم لزيد الشفعة في جميع الدار كان ذلك
تسليما في كل جزء منها ولم يسلم لعمرو شيئا فجاز له اخذ نصيبه
لان الشفيع يملك اخذ نصيب اخذ المشتري دون الاخر
وقد قالوا في الشفيع اذا اخبر ان الدار بيعت باللف
فسلم الشفعة ثم ان البائع حط عن المشتري خمسمية ومثل
ذلك الخط كان للشفيع الشفعة لان الخط يلحق بالعقد عندنا
والشفيع انما سلم لكثرة الثمن فاذا نقص الثمن في حقه صار
كالو بان له ان الثمن كان ناقصا في الا ابتدا ولولم يقبل المشتري
الخط لم يجب الشفعة لان صفة الثمن لم تتغير عن القدر
الذي سلم به **باب الشفيع يطالب ان يحكم**
له بالشفعة كيف ينبغي ان يحكم بالمال حاضر
او غير حاضر قال ابن سماعه سألت محمدا فقلت ارايت
الشفيع اذا طلب الشفعة ايقض له بها القاضي علي ان
يدفع الثمن من ساعته ارايت ان يقضى له بالشفعة وامر
ان يدفع الثمن الى المشتري من ساعته فقال لا انتقل الى
يومين او قال الى شهر فاني المشتري اقبل ذلك انفسه قضاء
ان كان قضا له بها ام لا وما القول في ذلك اذا كان لم يقض بها
قال محمد ليس ينبغي للقاضي ان يحكم بالشفعة حتى يحضر المالك
فيقضى له بالشفعة ويدفع الى المشتري المال ولا يبطل

الشفعة وان عجل القاضي فقصي له بالشفعة بالثمن ثم ابي الشفيع
ان يدفع الثمن حبسه في السجن حتي يدفع المال ولا ينقص الاخذ
بالشفعة لان هذا بمنزلة الشري من البايع وقد ذكر في الاصل ان
المشتري ان يحبس الدار حتي يستوفي الثمن من الشفيع وكذلك من
ورثته ان مات وهذا يدل علي ان القاضي يقضي بالشفعة قبل
حضور الثمن فيكون ما ذكره محمد قوله وحده وظاهر رواية الاصل
قولا ابي حنيفة وابي يوسف وذكر ابو الحسن في هذا الباب عن
الحسن عن ابي حنيفة مثل قول محمد ان القاضي لا يقضي حتي يحضر
الشفيع الثمن وجه قولهما المشهور ان الثمن انما يجب بعد انتقال
الملك الي الشفيع وانما ينتقل بالقضاء فلم يجب علي الشفيع احضار
ثمن لم يلزمه كما لا يجب علي المشتري قبل البيع ولان المبيع ينتقل
من المشتري الي الشفيع كما ينتقل من البايع الي المشتري فاذا لم
يقف الانتقال في احدهما علي احضار الثمن فكذلك الاخر وجه
قول محمد ان الشفعة تجب لازالة الضرر عن الشفيع ولا يجوز
له الحاق الضرر بالمشتري ولو قضى القاضي قبل احضار الثمن
له بامر ان يكون الشفيع مغلسا فيتعجل ملك الدار ويتاخر
الثمن عن المشتري وهذا لا يجوز وليس كذلك الشفيع لان
الملك ينتقل رضا البايع فكذلك الاستوى ما فيه ضرر وما لا ضرر
فيه واما قول محمد ان الشفيع اذا طلب من القاضي بالثمن اجله

يومين او ثلثة فلان الثلثة اقصى مدة وضعت في الشرع للارتيا
فيوجه هذا القدر فان احضر الثمن فيه والا بطل شفيعته
لان في تنقيتها مع تقدر الثمن اضارا بالمشتري واما قوله ان
القاضي اذا عجل فقصي حبس الشفيع في السجن ان امتنع من دفع
الثمن فلانه حق وجب عليه فاذا امتنع من ادايه حبس كما يحبس
المشتري اذا امتنع من اداء الثمن وقال ابن سماعه سمعت محمدا قال
في رجل اشترى دارا فجاء الشفيع يطلب اخذها بالشفعة فقال
المشتري هات الثمن وخذها بشفعتك فانتم وقال لا نيك به ثم
لم يخاصه الشفيع ولم يات بالثمن حتي مضى شهر قال ابطال شفيعته
استحسن هذا في شهر ولو خاصه الشفيع الي القاضي فاقتر
المشتري انه شفيع وقال هات الثمن وخذها فامر الحاكم ان
يدفع الثمن اليه وياخذ منه الدار فذلك له فان اخره شهرا او
اكثر من ذلك لم تبطل شفيعته وينبغي للقاضي اذا تقدم اليه
في هذا ان يوجل اجلا ويقول له ان لم تات بالثمن الي هذا الاجل
فلا شفعة لك اما اذا لم يخاصه حتي مضى الشهر بطلت شفيعته
عند محمدا استحسننا ولم تبطل في قولهما اذا كان اشهد وقد قد منا
هذه المسئلة واما اذا خاصه في الشهر الي القاضي وطالبه بال
لشفعة فقال له القاضي دفع الثمن فاخره لم تبطل شفيعته عند
محمد لانه يجعل ترك الخصومة في الشهر اعراضا عن الشفعة فاذا

خاصه فيها الي القاضي ما عرض فلا تبطل شفيعته ولهذا
يجب ان يوجل القاضي الشفيع اجلا حتى لا يضر المشتري
بالتاخير واما اذا ضرب القاضي للشفيع اجلا وقال له ان لم
تات بالثمن الي وقت كذا فلا شفيع لك فلم يات به بطلت
الشفيعه لانه لما لم يحضر مع التاجيل فقد اعرض عن
اخذ الشفيعه فصار ذلك اسقاطا لها ويجوز ان يقال
ان اسقاط الشفيعه يتعلق بالشرط لانه اسقاط
حق ليس فيه معنى المال فجاز ان يتعلق بالشرط
كالطلاق ولهذا قالوا في راية الكفيل انها تتعاقب
بالشرط في احدا الروايتين وقال ابن رستم عن محمد اذا
طلب الشفيع من المشتري بالشفيعه فقال له الشفيع
اذ لم اعطيك المال الي ثلثة ايام او اجل رضيا به فانا
بري من الشفيعه فلم يعطه المال في الاجل قال بطلت
شفيعته ولذلك لو كان القاضي هو الذي اجله وذلك
لانه علق اسقاط الشفيعه بشرط وقد قلنا ان ذلك
جائز كالطلاق وقال ابن سجاع اذا لقي المشتري الشفيع
فاعلم انه اشتريها وقال هات ثمنها وخذها للثمن
لا يجبه بالمال ولا بطلت بطلب شفيعته ولذلك
لو كان يطلب شفيعته ولم يصف ابن سجاع هذا القول

الي احد من اصحابنا فيجوز ان يكون قوله فان كان يعني
بذلك ان الشفيع لم يشهد بحقه لم يستقر فاذا اخذ
الاخذ لعل على الاعراض فسقط حقه وان كان يعني بذلك
اذا شهد فقال ترك الخصومة ثلثة ايام كما قدره محمد
بالشهر لان ثلثة ايام مدة الارتيا فسقط الحق بمضيها
كما يسقط الخيار **باب الدار تباع ولها**
شفيعا قال ابو الحسن واذا بيعت الدار ولها
شفيعا جماعة بجوار او شركة فحضروا جميعا فهو بين
الشركا على قدر عدد دم دون قدر انصبا بهم فان سلم
الشركا كلهم الا واحدا فله ان ياخذ جميع الدار وكذلك
اذا سلم بعضهم وبقي بعضهم فالدار كلها بين من لم يسلم
على قدر عدد دم فان سلم الشركا كلهم فللمجير ان الشفيعه
على عدد دم اما كون الشفيعه على عدد الروس فقد بيناه
واما اذا اسقط بعضهم حقه فله ان ياخذ في الشفيعه لان كل
واحد منهم لو انقرد ثبت له حق الاخذ في الجميع وانما
يسقط حقه عن بعضها بالمزاجه فاذا سقطت المزاجه
بقي حقه في الجميع بحاله وهذا كما لغرما اذا تخاصموا في
الشركه فاسقط بعضهم حقه سلمت الشركه للباقيين
وعلي هذا قالوا في القائل لاثنين اذا عني ولي احد منهما فللاخر

القصاص لان حقه يثبت في الجميع فاذا ترك الاخر فكانه
لم يكن وليس هذا كالعبد اذا قتل اثنين خطا فعفا ولي
احدهما ان ولي الاخر يبقى حقه في نصف العبد فيقال
للولي اما ان تدفع اليه نصف العبد او تغديه وذلك
لان حياته الخطا مال فاذا تعلقت الجنايتان بالرقبة ^{يقتل} نضاً
فيها فثبت لكل واحد منهما النصف فاذا سلم الاخر لم يعد
حق الباقيين وليس كذلك الشفعة لانه حق ليس بمال
فهو بدرا لعهد اشبه واما اذا سلم الشراكا وقد كان
الجيران اشهدوا عند البيع فلهم الشفعة وهذا خلاف
ابن يوسف وقد قدمناه قال وان كان بعضهم غيبا وبعضهم
حضورا حكم بالدار بين الحاضرين على عدد دم ولا يعتبر بمن
غاب وذلك لان الحاضر ثبت له حق في الجميع واذا سقط بالمزاجنة
والغائب يجوز ان يطالب ويجوز ان لا يطالب ولم يجز اسقاط حق
الحاضر بالشك قال وان جعل بعضهم نصيبه لبعض لم يصح
ذلك وسقط حق الجاعل وقسم على عدد من بقي وذلك لان
الشفيع لا يصح نقله الي غير الشفيع ولهذا سقط بالموت
ولا ينتقل الي الوارث فاذا جعله الشفيع لغيره فقد اسقطه
ونقله الي غيره فيصح اسقاطه ويبطل نقله قال واذا كان لها
شفيعان فحضر احدهما حكم له بجميعها فان حكم له ثم جاز شفع اخر

٤٤
اخذ منه نصف الدار فان جا ثالث فله ان ياخذ من يد كل واحد
منهما ثلث ما في يده حتى يكون الدار في ايديهم اثلاثا على عدد دم
وذلك لان حق الغائب متعلق بالدار لا يسقط بغيبته وانما
قضيها للحاضر لانه لا مزاحم له فاذا حضر الغائب كان له المطالبة
بحقه ليساوي الحاضرين قال فان قدم الاول فقال انا اخذ
النصف حسب وقال الحاضر الذي اخذ جميع الدار انا اسلم
بذلك الكل فاما ان ياخذ لكل او يدع فله ان ياخذ النصف وليس للذي
كان حاضرا ان يلزمه اكثر من ذلك وذلك لان الحكم للحاضر اسقاطا لحق
الغائب عن مقدار نصيب الحاضر واذا سقط حقه عن النصف لم يلزمه
ان ياخذ الا ما تعلق حقه به وليس كذلك اذا لم يحكم الحاكم فترك احدهما
نصيبه لان القاضي لم يسقط حق الاخر عما تعلق به واذا سقطت
المزاجنة بقي حقه في الجميع وكأنه لم يكن الا هو فلا يجوز له اخذ البعض
وهذا كما قالوا في رجلين ادعي كل واحد منهما داف في يد رجل واقام البينة
انها له ثم ابراه احدهما من الدعوي قبل الحكم فقي القاضي بجميع
الدار للاخر ولو حكم بالبينتين ثم ابراه احدهما من الدعوي
لم يكن للاخر الا النصف لان حكم الحاكم لها اسقاطا لحق
كل واحد منهما فيما قضى به للاخر قال واذا بيعت دار
ولها شفيعان فحضر احدهما وحكم الحاكم له بها فاطلع
الشفيع علي عيب بعد الحكم قبل القبض او بعد القبض

فردا لدار بقضا قاض او بغير قضا قاض ثم قدم الغائب —
 فليس له ان ياخذ بالبيع الاول لانصف وان اراد الغائب ان
 ياخذها برد الحاضر لها ويدع البيع فان كان الرد بقضا قاض فليس
 له ان ياخذ بالرد وان كان الرد بغير قضا قاض فان شا اذها كلها
 بالرد وان شا اخذ النصف بالبيع الاول وذلك لما بينا ان الحكم
 للحاضر اسقط حق الغائب من النصف فاذا ارد لها بغير قضا فهذا
 كبيع مبتدأ فيما بينهما فيثبت للشفيع به الشفعة واذا ثبت له
 من وجهين فان شا اخذ بالسبب الاول للنصف لسقوط حقه
 عن النصف الاخر وان شا اخذ بالسبب الثاني للجميع قال ولو
 كان الشفيع الاول خاصم فيها ثم ظهر على عيب قبل الحكم فرد لها
 وسلم الشفعة فيها ثم حضر الغائب اخذها كلها ان شا وان شا
 ترك وذلك لانه الحاكم لما يحكم له بالشفعة لم يسقط حق الغائب
 عن شي منها فاذا اسقط الحاضر حقه بقي حق الغائب في الجميع قال
 ولو حضر شفيعان بعد في مسئلتنا وقد كان رد الشفيع
 الحاضر بعد الحكم احدا ثلثي الدار لان حكم الحاكم للحاضر اسقاط حق
 الغائبين عن قدر نصفه الحاضر وهو الثلث على ما بينا قال ولو
 كان الشفيع الحاضر اشتراها من المشتري ثم حضر الغائب
 فان شا اخذها كلها بالبيع الاول وان شا اخذها بالبيع الثاني
 كلها اما البيع الاول فلان الشفعة تثبت لها واذا اشترى احدها

٤٥
 فشرع اسقاط للشفعة فبقي حق الاخر في الجميع واما الشري
 الثاني فلان المشتري كان له حق المطالبة بالشفعة
 فلما عدل عنها الى الشري كان ذلك اسقاطا لما يتعلق بالعقد
 الاول ولم يثبت له بشراء حق الشفعة مع اعراضه عنه
 قال ولو كان المشتري الاول شفيعا للدار فاشترى الشفيع
 الحاضر منه بثلث قدم الغائب فان شا اخذ بالبيع الاول نصفها
 وان شا اخذ الدار كلها بالبيع الاول وان شا اخذ الدار كلها بالبيع
 الثاني وشري الشفيع مثل حكم الحاكم له بالشفعة يسقط ما يخص
 المشتري بشفعته ولا يكون في قدر ذلك كحضر من الشفعة
 الشفعة ولذلك لان المشتري الاول لم يثبت له حق قبل الشري
 حتى يكون بائنا مع معرضا عنه فيثبت له حق بهذا العقد والغائب
 فلم يكن للغائب ان ياخذ بهذا العقد الامتداد ما يخصه بالمراجعة
 واما العقد الثاني فقد ثبت للشفيع حق للشفعة قبله فلما
 اشترى اسقط حقه عن العقد الاول ولم يتعلق بعقد مع اعراضه
 فكان للغائب ان ياخذ بالعقد الثاني كل الدار وانما قالوا ان
 شري الشفيع للدار ابتداء يسقط حق الشفيع الاخر عن مقدار
 نصيب المشتري لانه بائنا مع بملك الدار مع ثبوت شفيعه فهو
 كحكم الحاكم الموجب لنقل الملك فسقط حق الغائب عن نصيب
 الحاضر قال فان كان المشتري الاول اجنبيا اشتراها بالف فباعها

من اجنبي بالغين ثم حضر الشفيع والمشتريان حاضرا ان
 فالشفيع بالخيار ان شا اخذها بالبيع الاول وسلم
 الثمن الي المشتري الاول وكانت عهده عليه وان شا اخذها
 بالبيع الثاني وكانت عهده على الثاني وذلك لان كل واحد
 من العقد سبب تثبت به الشفعة ومن ثبت له حق من
 احد وجهين كان له الخيار في ان ياخذها بهما شا قال فان جاء الشفيع
 والمشتري غايب فخاصم الثاني واراد ان ياخذها بالبيع الاول
 فلا خصومة بينه وبين الثاني في قول ابي حنيفة ومحمد وروي بن س^أ
 عن محمد عن ابي يوسف انه قال ياخذها من الذي هي في يده من غير
 ان يحضر المشتري الاول ويدفع اليه الف درهم ويقال له اطلب
 صاحبك الذي باعك وخدمته الف اخر وقال محمد لا خصومة بينهما
 حتي يحضر الاول فاذا حضر ردت البيع الاول ثم اخذها بالثمن
 الاول من الاول ورد المشتري الاول على المشتري الثاني الثمن الذي
 قبضه منه فان اراد الشفيع ان ياخذها بالبيع الثاني فله ان
 ياخذها من المشتري الثاني وهو خصمه في قولهم وكذلك رواها
 الحسن عن ابي حنيفة وزفر وهو قوله ان الثاني لا يكون خصما
 اذا كان الاول غائبا وجه قول ابي حنيفة ومحمد وزفر ان اخذ
 الثاني بالبيع الاول متضمن فسخ البيع بين المشتري الثاني والمشتري
 الاول وذلك لا يجوز مع غيبة الاول لان الفضا على الغائب

لا يصح الا بحضوره او بحضور من قام مقامه فلم يبق الا اتفاق الحكم
 وليس كذلك اذا اراد اخذها بالبيع الثاني لان الاخذ لا يتضمن
 فسخ البيع الثاني وانما ينتقل الشيء اليه من ملك المشتري فلذلك
 كان خصما فيه وجه قول ابي يوسف ان حق الشفيع سابق لحق
 المشتري فصار كالمستحق ولو ان رجلا اشترى دارا من غايب
 فحضر رجل فاقام البينة انها له قضى له على المشتري مع غيبه با^{يعه}
 فلذلك هذا وانما قال ابو يوسف ان الشفيع يدفع الي المشتري
 الثاني الاول لانها حق لباعه وقد ثبتت على بايعه الضمان فكان
 له ان ياخذ الاول فضا صا ويرجع المشتري الثاني على بايعه بالف
 لان الملك يستحق بسبب كان في يده وسلامة الثمن موقوف
 على سلامة المبيع قال لو كان المشتري لم يبيعها ولكن وهبها وتصدق
 لها على رجل وقبضها الموهوب له ثم حضر الشفيع فان ابن سماعة
 روي عن ابي يوسف ان للشفيع ان ياخذها من يد الموهوب له
 فان كان المشتري غايبا اسبق من الشفيع من الثمن حتي يرجع المشتري
 فيدفع اليه وقال هشام عن محمد في هذه المسئلة ياخذ الشفيع
 الدار من الموهوب له وياخذ الحاكم من الشفيع الثمن فيضعه على
 يدي عدي حتي يقدم الغايب وكذلك كل تملك يكون من المشتري
 في الدار فللشفيع ان يبطله وياخذ الدار بالبيع الاول في قول
 ابي يوسف ولا يكون الذي في يده خصما في قول ابي حنيفة

ومحمد وذلك لان اخذ الدار من الموهوب له فسخ الهبة بينه
وبين المشتري فلا يجوز فسخ الهبة في حق الغائب الا بحضور
من قام مقامه وايو يوسف يقول حق الشفيع سابق
لحق الموهوب له فصار كحق المستحق واما الثمن فلا يجوز
دفعه الى الموهوب له لان الهبة انقضت فلاحق
للموهوب علي التواهب حتى ياخذ الثمن به فعلي رواية
ابن سماعة يستوثق القاضي من الشفيع بكفيل احتياطا
لحق الغائب وعلي رواية هشام عن محمد عن ابي يوسف
ان القاضي ياخذ الثمن فيجعله علي يدي عدل وهذا
ليس باختلاف رواية وانما هو بحسب ما يرى القاضي
من المصلحة للغائب لان في كلا الوجهين فائدة الا ترى انه
اذا استوثق من الشفيع بكفيل والثمن في ضمانه فاذا
قبضه وجعله علي يد عدل فهو من ضمان الغائب والمصلحة
في ذلك مختلف فكان للقاضي اختيار اصلح الامرين
فصل وقد ذكر في المنتقا من بطن هذه المسائل
قال اذا اشترى الرجل دارا باللف ثم باعها بالعين فعلم
الشفيع بالبيع الثاني ولم يعلم بالبيع الاول فخاصم فيها
واخذها بشفعته بالبيع الثاني حكم او غير حكم ثم علم
بالبيع الاول فليس له ان ينقص اخذ وقد بطلت

٤٧
شفعته في البيع الاول وكذلك لو باعها صاحبها باللف ثم ناقضه
المشتري فردها ثم اشتراها الشفيع بالعين وهو لا يعلم ببيعها اياها
ثم علم به لم يكن له ان ينقص شراءه وذلك لان الغائب على ملك الشفيع
واخذها بالعقد الاول فسخ ملكه فلا يجوز له ذلك الا من عيب كما
ليس للمشتري ان يفسخ البيع الا بحق متعلق بهذا العقد
دون غيره ولان الاخذ بالشري الثاني يسقط الشفعة
عن البيع الاول لو كان عالما به فلذلك اذا لم يعلم لان
نقل الملك المسقط للشفعة يستوي فيه العلم بها والجهل
كما لو باع الشفيع ملكه الذي يشفع به قال فان اشتراها
باللف وتقابضا ثم زاده في الثمن الفا اخرى من غير ان
يتقابضا ثم علم الشفيع بالالفين ولم يعلم بالالف
فاخذها الشفيع بالالفين حكم او بغير حكم قال ان كان
اخذها بحكم ابطله القاضي ثم قضا له ان ياخذها بالالف
وان كان اخذها بغير حكم لم ينقص ذلك لانه ليس ههنا
سبب يتعلق به الشفعة الاسباب واحد فقد حكم
الحاكم بما لا يجوز الحكم به لان الزيادة لا تثبت في حق
الشفيع فكان عليه ان ينقص حكمه واما اذا اخذها
الشفيع بغير حكم فهذا كالشري المبتدأ فلا يجوز فسخه
الا بسبب في العقد يقتضي الفسخ قال ولو كان المشتري

حين اشتراها بالفاضة البيع ثم اشتراها بالفاضة ثم علم
 الشفيع بالبيع الذي بالفاضة ولم يعلم بالبيع الذي كان بالفاضة
 فاخذها بحكم او بغير حكم لم يكن له ان ينقص اخذها لانه اجتمع
 سببان كل واحد منهما يوجب الشفعة فالأخذ باحدهما
 اسقاط للآخر **فصل** قال ابو الحسن قال الحسن بن زياد
 اذا اخرج المشتري الدار من ملكه بان جعلها مسجدا
 او مقبرة ودفن فيها وصلي في المسجد جماعة فليس
 فيها شفعة لاحد وهذه المسئلة قد ذكرها في الاصل
 وقال ان الشفعة واجبة والوجه في ذلك ان حق
 الشفيع سابق لحق المشتري فقد بنا المسجد مع تعلق
 حق الغير بالبقعة فصارت كما لو بناها مسجدا لحق احد
 الشريكين وجه قول الحسن انه تصرف في ملكه
 بما لا يلحقه الفسخ مع ثبوت حق الغير فاسقط ذلك
 للحق كمن اعتق عبده الموهون وكمن اشترى عبدا ما سورا
 يثبت لمولاه اخذه منه ولو اعتقه المشتري سقط حق
 المولي فلذلك هنا والجواب ان هذا غير مسلم لان من
 مذهب محمد بن النعمان المسجد يلحقه الفسخ اذا خرب ما حواله
 واستغنى عنه وعلي قول ابي حنيفة وابي يوسف ان حكم
 حاكم مذهب محمد بن عبد الحكم فاذا المسجد يلحقه الفسخ في

٤٨
 قولهم ففارق العتق ولا نهم قالوا ان الغير يمنع من صحة
 بنا المسجد ولا يمنع من العتق كما يمنع ملكا لشريك
 من المسجد ولا يمنع من وقوع العتق قال وان مات
 المشتري واوصى بالدار للشفيع ان ينقص الوصية وياخذ
 الدار بالشفيع من الورثة والعهد عليهم وذلك لان
 حق الشفيع سابق لحق الموصى له فصارت كحق المستحق قال
 وان رجلا اشترى في داره مسجدا واقره منها وجعل
 بابه الى الطريق فبيعت دار الى جنب المسجد لم يكن لمن
 جعل المسجد ان ياخذها بالشفعة بجوارته المسجد
 في قولهم لان حق الشفعة انما تثبت للمالك المشفوع
 والمسجد قد زال ملك الثاني عنه فلم يجز ان ياخذ الشفعة
 ولا جواز له وقال هشام سالت محمدا عن رجل اوصى
 بغلت داره ابدل المساكين جعلها وقفا فبيعت دار
 الى جنبها فجاء ورثة الميت يدعون شفعتها بهذه
 الدار قال لا شفعة لهم وذلك لان الوقف المحكوم به
 قد زال ملك الموقوف عنه ولم يملكه احد ولا يجوز
 ان يستحق به الشفعة كالمسجد قال واذا اشترى
 رجل من رجل نصف دار ثم قاسم المشتري البايع ثم
 حضر الشفيع فالنصف ماضية وياخذ النصف

مقسوما او يدع وسوا كانت القسمة بقضا او بغير قضا
روي ذلك علي بن الجعد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
وذلك لان البايع اذا كان مالكا لجميع الدار فقد كان
يملك ان يقسم ثم يبيع النصف مقسوما فلما باعه
مشاعا بعد ملكا لمشتري ما كان يملكه من القسمة
فصار ذلك من حقوق عقده والمشتري اذا تصرف تصرفا
اوجبه العقد لم يكن الشفيع فسخه كما لو قبض المبيع
فاراد الشفيع ان يفسخ القبض ويرد الدار الى يد
البايع فياخذها منه لم يكن له ذلك وليس هذا كدار
مشتركة بين شريكين باع احدهما نصيبه فقام اسم
المشتري الذي لم يبيع ثم حضر الشفيع فله ان يفسخ
القسمة وذلك لان البايع لم يكن مالكا للقسمة الاثري
انه كان لا يقدر عليها الا بحكم او المشتري رضا فلما
باع لم يوجب للمشتري ما لا يملك فصارت القسمة
مما استفاده بحق الملك لا بحكم العقد وتصرف
المشتري بحكم ملكه يثبت للشفيع بعضه كما لو باع
او وهب وقد ذكر علي بن الجعد عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة ان النصف الذي اصاب المشتري وقع
في جانب الدار المشفوع بها وهذا صحيح لانه اذا وقع

من غير جنسه وهو لا يقدر على بعض القسمة فليس بجار فلا
يستحق **باب الشفيع بطلب الشفعة**
في بعض ما وقع عليه العقد قال ابو الحسن قال اصحابنا
جميعا اذا اشترى الرجل دارا بالف درهم صفقة واحدة
فاراد الشفيع ان ياخذ بعضها دون بعض او اراد ان ياخذ
ما يليه من الدار دون غيره فليس له ذلك وانما له ان ياخذ
الكل او يدع ذلك لان الملك ينتقل الى الشفيع من المشتري
كما ينتقل من البايع الى المشتري فاذا لم يملك المشتري تفريق
الصفقة على البايع فيما يثبت فيه حقه لذلك الشفيع
قالوا اذا اشترى الرجل من الرجلين دارا وقبض او لم يقبض
فاراد الشفيع ان ياخذ نصيب احدا البايعين فليس له ذلك
وان كان البايع واحدا والمشتريان اثنين كان له ان ياخذ
نصيب احدهما دون الاخر ابي النصيبين شا وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد وابي يوسف وقال محمد في املايه وذلك
لان المشتري لو احدث ملكا لدار بقبول واحد ولم يملك
الشفيع اخذ بعض ما تعلق به حقه دون بعض كما لو كان
البايع واحدا ولانه اذا اخذ بعض الدار فرق الصفقة
على المشتري على وجه يضربه بالشركة وهذا لا يجوز كما
لو كان البايع واحدا واما اذا اشترى اثنان من واحد

فلا ضرر على كل واحد منهما في اخذ نصيب الاخر لانه قد رضى
بضرر الشركة فلا فرق بين شركة الشفيع او المشتري
ولانه اخذ منه جميع مملكته بالعقد فلا يلحق به ضرر
كلواشترى وحده وقد روي عنهم خلاف هذا وهو ان الواحد
اذا اشترى من اثنين فان اخذ الشفيع قبل القبض كان له
ان ياخذ نصيبا احدا لبايعين وان اخذ بعد القبض لم يكن
له ان ياخذ نصيب احدهما لانه اذا اخذ قبل القبض انسخ
ملك المشتري وصار الاخذ من ملك البايع وقد اخذ جميع
ما خرج من ملك البايع فلم يكن فيه ضرر عليه وليس كذلك
بعد القبض لانه ياخذ من ملك المشتري فينبعض عليه
للملك فلا يجوز وقالوا اذا اشترى ثنتان من واحد فان
اخذ الشفيع قبل القبض لم يكن له ان ياخذ الا الجميع
لان ملك المشتري يفسخ فلو اخذ البعض لفرق الصفة
على البايع وهذا لا يجوز وان اخذ بعد القبض جاز ان
ياخذ نصيب احدهما لانه ياخذ من ملك المشتري
ولم يبتعض عليه الملك قال ابو الحسن وسوا سمي
لكل نصف ثمن معلوما او كان الثمن جملة بعد ان
يكون البيع صفقة واحدة وذلك لان الحكم يتعلق
بتفريق الصفة فلا فرق بين ذكر الثمن جملة او جملتين

قال وكذلك ان كان المشتري بوكالة فوكل رجل رجلين بشري دار²
لها شفيع فللشفيع ان ياخذ نصيب احد المشتريين وان
كان الموكل رجلين والوكيل رجلا واحدا لم يكن له ان ياخذ
نصيب احد الموكلين قال ابن سماعة عن محمد انما ابي المشتري ولا
انظر الى المشتري له قال محمد وكذلك لو اشترى رجل لعشر فليس له
له ان ياخذ شيئا دون شيء ولو اشترى عشرة لرجل كان للشفيع ان ياخذ من
واحد ويدع الاخر او ياخذ من اثنين او ثلثة ويدع البقية ولذا للدار
هشام عن محمد في نواذره وذلك لان حقوق العقد تتعلق
بالعاقد دون المعقود له فاذا كان الوكيل واحدا لم تجز تفريق
الصفة عليه كما لو اشترى لنفسه واذا كانوا جماعة والموكل
واحد فحقوق العقد يتعلق بهم دونهم فكانهم اشترى والا نفهم
قال واذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة فجا شفيع لهما
جميعا فاراد ان ياخذ احدا مادون الاخرى فليس له ذلك
وقال الحسن عن زفر وهو المختار ان شا اخذ احداها او هما
وجه قولهم ان المشتري ملك الدارين صفقة واحدة وتعلق
حق الشفيع بهما فلم يملك ان يفرد بالعقد بعض ما تعلق
به حقه دون بعض كالدار الواحدة وقد ذكر ابو الحسن
عن محمد ما يدل على انه لا فرق بين الدارين المتلاصقتين او
المفترقتين وذكر بشر بن الوليد عن ابي يوسف انها اذا كانت

في مصر واحدا ومصرين فهو سوا وجه قول زفران اخذ احد الدارين
لا يودي الى اضرار بالمشتري بالشركة فصاركما لو كان شفيع
احداهما قال واذا كان للشفيع شفيعا لاحداها دون الاخر
ووقع البيع عليها صفقة واحدة فان ابن ابي ملك روي
عن ابي حنيفة انه ليس له الا ان ياخذ التي بجاورها
تحصنها ولذلك روي ابن سماعة عن ابي يوسف وروي
هشام عن محمد في رجل اشترى دارين مثلا صقين وله
جار يلي احداهما قال فانه ياخذ التي تليه بالشفعة ولا
شفعة له في الاخرى وذلك لان حق الشفعة يتعلق
باحدا الدارين دون الاخرى والصفقة اذا جمعت
بين ما يتعلق به الشفعة وما لا يتعلق به الشفعة
وما لا يتعلق به الشفعة ياخذ الشفيع ما يتعلق به
شفعته حصنته كما لو اشترى دارا او شقصا صفقة
واحدة قال هشام قلت لمحمد ما تقول في عشرة افرجة
متلاصة لرجل يلي واحد منهما ارض انسان فبيعت
العشرة الا فرجة قال للشفيع ان ياخذ الفراخ الذي
تليه وليس له في بقيتها شفعة قلت له لم قال كل فراخ
على حدة قلت ليس بينهم طريق ولا نهر انما هي من وراء
وذكرناه قال لا شفعة له الا فيما يليه وذلك لان الا فرجة

21
المتمة بالمرور كالردور المتجاورة فلا تثبت للشفيع الشفعة
الا فيما تجاوره خاصة قال هشام قلت لمحمد في قرية خالصة
لرجل باعها والقرية عندنا على ما فيها من الدور والارضين
والكروم قال لمحمد ولكن القرية عندنا على بيوت القرية
خاصة قلت لمحمد باع رجل هذه القرية دورها وكرومها
واراضيها وكل ناحية منها يلي انسانا قال للشفيع ان
ياخذ الفراخ الذي يليه فاو شك ان ياخذ واحواشي القرية
وذلك لاردي ارضيها ويبقى وسط القرية للمشتري فلم ينكر
ذلك لمحمد ورايته يقول وقد اشتمل هذا الكلام على ثلاثة
فصول احدها ان القرية اسم للبيوت او البيوت والافرجة
والمرجع في هذا الى العادة دون غيرها والثاني وجوب
الشفعة للمجاورين في الافرجة التي تليهم خاصة وهذا
صحيح لما بينا ان الافرجة المتميزة كالدور المختلفة فالمجاور
لبعضها لا يكون مجاورا لبقيةها والفصل الثالث
ان الشفعا ياخذون حواشي القرية وهي ارضها ويبقى
للمشتري وسط القرية وهو اجودها وهذا غير ممتنع
لان الشفيع ياخذ باختياره فكان له ان يلزم الضرر
اولا يلزم وروي الحسن بن زياد عن ابي حنيفة في رجل
اشترى قرية بارضيها وارضوها افرجة متفرقة

ولا حدا لا فرخة جار قال ياخذ القرية كلها بالشفعة وليس
 له ان ياخذ ذلك الفراخ ويدع ما سواه وذكر ابن ابي
 مالك عن ابي يوسف ان ابا حنيفة قد كان يقول
 انه ليس له ان ياخذ الفراخ الذي هو ملازقه لان هك
 الا فرخة مختلفة قال والذي يجي على قياسه ان هذه الا فرخة
 اذا كانت في ضيعة واحدة او قرية واحدة فهي كفراخ واحد
 ٤ ودار واحدة وهذا يدل على ان ابا حنيفة كان يقول مثل
 قول محمد ثم رجع فقال ياخذ الجميع لانه مستضر بتفريقه
 فصار كالدار الواحدة **باب الرجل يشتري**
الدار فينهدم بناؤها او يهدمها المشتري ثم
يجي الشفيع قال بشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا
 ابا يوسف يقول في رجل اشترى دارا فهدم بناؤها فباعه
 ثم جاء شفيعها فانه يقسم الثمن على قيمة البناء مبذرا
 وعلى قيمة الارض فيما اصاب الارض اخذها الشفيع
 بذلك هكذا قال ابو حنيفة وكذلك لو نزع باب
 الدار فباعه ولو احترق البناء حتى ذهب او عرف من غير
 فعله فلم يبق منه شيء فان ابا حنيفة قال في ذلك ياخذ
 الشفيع جميع الثمن او يترك فان انهدم البناء فصار على
 وجه الارض مهدوما فان الثمن يقسم على قيمة البناء

مهدوما وعلي قيمة الارض فباخذ الشفيع الارض بما اصابها
 ولا سبيل له على البناء اذا زایل الارض اما وجوب الشفعة
 في البناء المتصل فلانه في حكم الجز من العرصه بدلالة
 دخوله في العقد من غير شمية واما اذا هدم فلا شفعة
 فيه عندنا ومن اصحاب الشافعي من قال ان الشفيع ياخذ
 مع الدار وهذا فاسد لانه منفصل عما تعلقت به الشفعة
 فلم يكن للشفيع اخذ كالثمن واما اذا هدمه المشتري او
 هدمه اجنبي او انهدم بنفسه ولم يهلك فان الشفيع
 ياخذ الارض بخصتها ولو احترق بغير احد اخذها الشفيع
 بكل الثمن وللشافعي قولان احدها انه ياخذها بجميع الثمن في الجميع
 والاخر انه ياخذها بالحصه في الجميع اما اذا احترق البناء فلان
 حق الشفيع مع المشتري كحق المشتري مع البائع ومعلوم ان البناء لو احترق
 في يد البائع كان المشتري بالخيار ان شا اخذ جميع الثمن وان شا ترك
 فلذلك هذا ولانه نقص دخل في المبيع بغير فعل ادمي فصار كما لو
 رهن البناء وتسحق الحايط واما اذا هدمه المشتري فالاتباع لاحصه
 لها بالعقد ولها حصه بالقبض ولهذا لو هدم البائع البناء سقطت
 حصته عن المشتري ولذلك اذا هدمه الاجنبي لان العوض يسلم
 للمشتري فكانه باعه ولذلك اذا انهدم بنفسه ولم يهلك فلان
 الشفعة سقطت عنه وهو عين قائمه فلا يجوز ان يسلم للمشتري

بغير شيء الا انه قال في المشتري اذا هدمه او هدمه المشتري
 الاجنبي ان الثمن يقسم على قيمته قايما لانه دخل في ضمان المشتري
 بالاتلاف وهو على هذه الصفة واما اذا انهدم بنفسه
 فلم يدخل في ضمان احد فاعتبرت قيمته على حاله مهدوما
 وقد ادعي الشافعي على ابي حنيفة في هذه المسئلة مناقضة
 فقال وقال بعض الناس اذا هدم المشتري لبنا سقطت
 حصته وان احترق لم يسقط حصته ثم ناقض فقال
 لو اغلب الماعلي بعض الارض اخذ المشتري الباقي حصته
 وهذا غلط لان الارض لم يكن بعضها تبعا لبعض فاذا لم
 يسلم للشفيع سقطت حصتها بكل حال والبناء تبع للارض
 فاذا سلم للمشتري سقطت حصته وان لم يسلم له لم تسقط
 قال ابو الحسن ولو ان المشتري الاول باع بنا الارض
 بغير ارض ولم يهدم حتى طلب للشفيع الشفعة فان
 الشفيع احق بالارض والبناء بالثمن الاول وينقص بيع
 المشتري البناء وذلك لانه ما دام متصلا بحق الشفيع
 متعلق به فكان له ابطال تصرف المشتري قال وكذا
 البناء والنخل في الارض والثمر في النخل وكل شيء من هذا
 اذا لم يزايل الارض فالشفيع اولى به بالثمن الاول
 وما اذا يزل من تلك الارض فان الثمن يقسم على قيمته مهدوما

ادعي الشافعي على ابي حنيفة
 في هذه المسئلة المناقضة

22
 وعلى قيمة الارض فان كان زايلا لارض بفعل المشتري
 او بفعل مشتريه منه قسم على قيمته صحيحا قبل ان
 يزايل وعلى قيمة الارض وان سقط ذلك من غير فعل
 احد فعلى قيمته ساقطا من الارض ما خلا خصلة واحدة
 وهي الثمران كانت اثمرت في يدي المشتري فصير الثمر
 فباعه فان الشفيع ياخذها بجميع الثمن ولا يرفع عنه
 حصة الثمر لانه لم يكن في اصل البيع وان كان الثمر في اصل
 البيع فهو كما وصفنا من البناء والنخل الا ان الثمرة اذا
 كانت موجودة حالا لعقد يفارق البناء من وجه وهو
 انها اذا ذهبت باقية من السماء سقط عن المشتري حصتها
 لانها منفعة في نفسها غير تابعة الا ترى انها لا تدخل
 الا بتسمية وليس كذلك البناء لانه تبع الا ترى انه
 يدخل في البيع بغير تسمية فاذا هلك لم يسقط في مقابله
 شيء ولذلك قال في كتاب الاصل وقد بينا حكم البناء المنفصل
 فالثمره اذا انفصلت مثله فاما الثمرة الحادثة في يد المشتري
 فلا حصة لها لانه لم يقع عليها العقد ولا وقع عليها
 التسليم الموجب بالعقد قال وروي الحسن عن ابي حنيفة
 ان الاجنبي اذا هدم البناء فلم يقدر عليه اخذ الشفيع
 بجميع الثمن ان شاؤ وترك فان قدر علي الاجنبي اخذ منه

قيمة البنا ويسقط عن الشفيع حصه البنا من الثمن ولذلك
ما خرج منه سقط بحساب ما خرج وذلك لان الاجنبي
اذا لم يقدر عليه فلم يسلم للمشتري البنا ولا عوضه فصار
كانه قلف باقة من السما واذا خرج منه شي بمقدار ما خرج
منه قد سلم له وسقط عن الشفيع حصته **باب**
الرجل يشتري الارض والخل وفيه ثمر او ثمر بعد
البيع ثم يبي الشفيع والارض والثمر قائما و
مستهلكا قال ابو الحسن واذا اشترى لرجل ارضا
فيها نخل او شجر وفيه ثمر واشترط ثمرته في البيع ثم جاء
الشفيع والثمر قائما في النخل والشجر فله ان ياخذ ذلك
اجمع وقد كان القياس عندهم ان لا تجب الشفعة
في الثمر وهو قول الشافعي رحمه الله وذلك لانها لا تدخل
في البيع الا بالاشتمية فصارت كمتاع موضوع وانما
استحسنوا فقالوا فيها الشفعة لانها متصلة بما
تعلقت به الشفعة فصارت كالبناء وليس بمستنوع
ان يدخل في البيع بالشرط ويتعلق بها الشفعة كالشرط
الخارج والطريق الخارج قال وان جاء قد احزن البايع
او المشتري او رجل اجنبي فلا شفعة في الثمر وياخذ الشفيع
الارض والنخل والشجر بما يخصها من الثمن وسقط عنه

ما يخص الثمن ويقسم الثمن على قيمة الارض والنخل والشجر والثمر
يوم العقد في ذلك كله فاما اصاب الثمر سقطت حصته عن
الشفيع وقيل له خذ الارض والنخل والشجر حصتها ان شئت
وذلك لان القياس يمنع من تعلق حق الشفيع بها وانما
استحسننا لاتصالها بما تعلقت به فاذا انفصلت بقيت
على اصل القياس وانما يسقط حصتها لان العقد وقع عليها
ولذلك اعتبر قيمتها يوم العقد قال فان اخذها الشفيع
وبقيت في يد البايع فان محمدا قال يلزم الثمر المشتري ولا
خيار له في ردها وذلك لان البايع لم يقره الا ترى ان المشتري
قد علم ان الشفعة واجبة ودخل في العقد على هذا فلم يثبت
له بالتبعيض خيار قال ولو كان البايع استهلك الثمرة
اخذ الشفيع الارض والنخل حصتها والمشتري في هذا
الوجه بالخيار ان شا اخذ الارض والنخل حصتها وان
شارك لتبعيض الصفقة وبطلان البيع في بيعها في
بعضها وهذا انما يريد به اذا لم ياخذها الشفيع كان
المشتري الخيار لان البايع بعض الصفقة عليه بفعله
وليس هذا كالاخذ بالشفعة لان التبعض يثبت من
طريق الحكم وعلى هذا لو استحققت الارض والنخل دون
الثمر كان المشتري بالخيار وانما يتصور هذا في الموصي له بالثمن

اذا باع الارض والتخل والثمر ثبت للمشتري الخيار لان البايع عنه
بالعقد قال ولو كانت الثمرة قائمة فقبض المشتري واكلها
او باعها او تلفت في يده على وجه من الوجوه فاراد الشفيع
الاخذ بالشفعة سقط عن الشفيع في هذه الوجوه حصّة
الثمرّة لان العقد وقع عليها فاذا لم يسلم للشفيع سقطت
حصتها قال ولو كان البيع وقع ولا ثمر في التخل ثم اثمر في يد
البايع بعد البيع قبل القبض ثم جاء الشفيع فله ان ياخذ
الارض والتخل والثمر ليس له ان ياخذ بعضها دون بعض
ويكون عليه جميع الثمن وذلك لان الثمر زيادة في المبيع
والزيادة التابعة للمبيع يتعلق بها حق الشفيع كما يتعلق
بها حق المشتري قال فان احرز البايع او المشتري او رجل
اجني وهو قائم في يد البايع او المشتري اخذ الشفيع ايضا
الارض والتخل بجميع الثمن ان شا ان ياخذ بالشفعة وان
كانت الثمرة ذهبت بغير فعل احدا حترقت فسقطت
او اصابها افة من السماء فسلكت فلم يبق منها شيء له قيمة
اخذها الشفيع ان شا بجميع الثمن وان شاترك وذلك
لان العقد لم يقع عليها وانما هي مما في المعقود عليه فاذا
هلكت فكانها لم تكن قال ولو كان البايع او المشتري صرم
الثمرّة ثم هلك بعد ذلك بغير فعل احدا اصابه سيل ذهب

20
به او نار فاحترق فان ابا يوسف قال ذلك سواء لان ذلك قد
صار للمشتري لا شفعة فيه ولا اباي هلك بغير فعل المشتري
او بفعله وذلك لان الثمرة لما انفصلت سقط حق الشفيع
عنها فكانها كانت في الاصل منفصلة ولو اشترى ارضا وثمرّة
غير متصلة اخذ الشفيع الارض حصتها سلم للمشتري
اولم يسلم قال ولو كان المشتري قبض الارض والتخل ولا ثمرّة
فيه ثم اثمر في يد المشتري ثم جاء الشفيع والثمر معلق في
التخل فله ان ياخذ الارض والتخل والثمر بالثمن الاول الذي
وقع عليه البيع لا يزداد عليه شيء لان الثمن تمام البيع فلا
يثبت لاجله الزيادة في الثمن كزيادة القيمة وان كان المشتري
لما حدث الثمن في يده حرق ثم جاء الشفيع وهو قائم او قد
استهلكه المشتري ببيع او اكل فان الشفيع ياخذ الارض
والتخل بجميع الثمن ان شا ولا سبيل له على الثمرة وذلك
لان الثمرة لم يقع عليها العقد ولا التسليم الموجب بالعقد
وانما كان الشفيع ياخذ لتعلقه بالتخل فاذا انفصل
سقط حقه ولم يسقط بازايه شيء من الثمن لانه لا حصّة له
وليس هذا كالمشتر الحاد في يد البايع اذا اتلفه البايع لانه
حدث قبل تمام البيع فدخل فيه كما لو حدث قبل القبض
وفي مسيلتنا حديث الثمرة بعد تمام البيع فلم يدخل فيه

فلم يكن لها حصّة قال ابن سماعه سمعت ابا يوسف رحمه الله
قال في رجل اشترى من رجل ارضا ونخل لا ثمرة فيه فآخذ
المشتري فثمر عندك فاكله ثم اثمر فاكله فجاء الشفيع قال
فانه ياخذ بجميع الثمر قال ابن سماعه قال ابو يوسف هذا
القول في شهر ربيع الاول سنة ثلث وسبعين ومائة وهو
اخر ما سمعت منه وقد كان يقول اقسام الثمن على الثمر
وعلى قيمة الارض فما اصاب الغلة وهي الثمرة اسقطته
من الثمن ثم رجع فقال ياخذها بجميع الثمن او يدع وجه
قوله الاول ان حق الشفيع مع المشتري كحق المشتري
مع البائع وان حدثت هذه الثمرة في يد البائع فاكلها سقط
حصتها عن المشتري كذلك اذا حدثت في يد المشتري
باب الارض تشتري وفيها زرع
قال ابو الحسن واذا اشترى الرجل ارضا وفيها زرع بزرها
فانه جاز وللشفيع ان يأخذها بزرها بالشفعة ولو
لم يعلم الشفيع بالبيع حتى استحصد الزرع كان له ان
ياخذ بالشفعة وهو مستحصد فان حصدا المشتري
الزرع ثم جاء الشفيع فاني اقسام الثمن على قيمة الارض
بما اصابها من الثمن ولا اقسام الثمن على قيمة الزرع وهو
مستحصد هذه رواية بن سماعه عن ابي يوسف وقال

ابن سماعه عن محمد بن نوادة اقوم الارض وفيها الزرع واقومها
وليس فيها ذلك الزرع فما كان من ذلك فهو قيمة الزرع وهو بقل
محصود اما وجوب الشفعة في الزرع فهو استحسان لا تقضاه
بالمبيع كما بيناه في الثمر وقد كان القياس الاوجب فيه شفعة
لانه لا يدخل في البيع الا بتسمية كالمحتاج الموضوع واما
اذا انفصل فلا شفعة فيه لانها وجبت فيه لا تقضاه بالمبيع
فاذا انفصل سقطت عنه واما العتمة فوجه قوله ابي
يوسف ان الزرع قد دخل في العقد وهو بقل والمعتبر
بقيمه يوم دخل في العقد فيقسم الثمن على ذلك ولا يعتبر
بزيادته بعد العقد كما لا يعتبر بزيادة قيمة الارض وجه
قوله محمد انه في اعتبار قيمة الزرع بقل محصودا اضرار
بالشفيع لانه لا قيمة له على هذا الوجه فوجب ان يقوم
الارض مزروعة وغير مزروعة فحصة الزرع ما بين
القيمتين لان الزرع دخل في العقد على هذه الصفة قال محمد
ولذلك الثمر والنخل اقوم النخل فيه الثمرة واقومه وليس
فيه ثمرة ولا اقوم الثمرة بحذوذة وهذا على ما بينا قال
ولو ان رجلا اشترى ارضا وفيها زرع لم يطلع الزرع ثم
طلع الزرع فحصد المشتري ثم حضر الشفيع فاني اقوم
الارض مبدوة واقومها غير مبدوة فيأخذها فما اصاب

قيمتها من الثمن غير مبدورة وهذا صحيح على أصله لأن البدر
إذا قوم في الأرض بقصب قيمته فوجب أن يعتبر فيه الأرض
مبدورة وغير مبدورة فاما على قول أبي يوسف فيقسم
التمن على قيمة الأرض وعلى قيمة البدر في الأرض كما قال
في الزرع **باب اختلاف الشفيع بين**
والمشتري في الثمن قال أبو الحسن إذا اشترى
الرجل دارا ونقدا لثمن ثم اختلف الشفيع والمشتري
في الثمن فقال المشتري اشتريتها بالعين وقال الشفيع بانه
قال قول قول المشتري في الثمن مع يمينه وعلى الشفيع البينة
وذلك لأن الشفيع يدعي استحقاق ملك المشتري مما يذكره
من الثمن فالقول قول المشتري في الاستحقاق كما لباع والمتر
إذا اختلفا فإن اقام الشفيع بينة قضى بينته لأنها تنبه
قابلها الدعوى فالبينة أولى من الدعوى وأما إذا اقام
جميعا البينة فالبينة بينة الشفيع عند أبي حنيفة
ومحمد وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري وجه
قولها أن الشفيع يقيم البينة على ما لا يتمكن المشتري من
دفعه والمشتري يقيم البينة على ما يقدر الشفيع على
اسقاطه عن نفسه ألا ترى أنه ان شا أخذ وان شا
ترك فكان قبول البينة التي تتعلق بها اللزوم أولى ولا يلزم

27
إذا اختلفا لو كيل والموكل في الثمن لأن بينة كل واحد منها تلزم
للاخر معني لا يمكنه الخروج منه فكان المثبت للزيادة أولى
لأنها أسعفا على انتقال الملك إلى المشتري بالتمن والتمن ثبت
بقول المشتري وقد اجتمعتا البيئتان في قوله أحدهما له
والاخرى عليه فكانت التي عليه أولى ولا يلزم الوكيل
والموكل لأن ابن سماعة وروي عن محمد أن بينة الموكل أولى
لأن البيئتين تعارضتا في قبول الوكيل فالتى عليه أولى فإذا
لا فرق بين المسيلتين فاما على الرواية المشهورة فالبينة
بينة الوكيل لأن الشيء ينتقل إليه ومن جهته ينتقل إلى
الموكل فصار كما لباع والمشتري إذا اختلفا وأما البينة
والاحترار عن هذه الرواية أن الملك انتقل إلى الموكل
كما انتقل إلى المشتري وفي مسألة الشفعة لم ينتقل الملك
إلى الشفيع وجه قول أبي يوسف أن بينة المشتري تثبت
الزيادة فالرجوع إليها أولى كبينة الباع قال فان اختلف
الباع والمشتري والشفيع في الثمن والدار في يد الباع
أو في يد المشتري ولم ينقد الثمن فالقول في ذلك قول الباع
مع يمينه أن كان أكثر مما قال جميعا وأقل وذلك لأن
الباع إذا ادعى أنه باع بالعين وقال المشتري والشفيع
بأن لم يجز استحقاق ملك الباع إلا بقوله ويتحالفان

ويتراد ان وقد دل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف
 المتبايعان فالقول ما قال البايع واما اذا قال البايع بعثها
 بالف وقال المشتري بالفين فالقول ما قال البايع واما اذا
 قال البايع بعثها بالف وقال المشتري بالفين لان الامر كان
 على ما قال فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري
 فقد حط البايع بعض الثمن وحطه يثبت في حق الشفيع واما
 اذا قبض البايع الثمن لم يلتفت الي قوله وكان القول قول المشتري
 لانه استوفى حكم العقد فصار كما لا جني فلا يلتفت الي قوله
 وقد قالوا في البايع اذا قال بعث هذه الدار بالف وقبضت
 الثمن وقال المشتري بالفين فان الشفيع ياخذها بالف لان
 البايع لما بدأ بذكر الثمن تعلقت الشفعة به فاذا قال بعد
 ذلك قبضت الثمن ويريد ان يسقط الحق الذي يثبت للشفيع
 فلا يقبل قوله ولو كان قال قد قبضت الثمن وهو الف لم
 يلتفت الي قوله لانه لما ابتداء اعترف بالقبض لم يبق له
 حق في العقد فلم يقبل قوله بعد ذلك كما لا جني وروي
 الحسن عن ابي حنيفة ان البايع اذا اقرب قبض الثمن والمبيع
 في يده وزعم انه الف وقال المشتري الفين فالقول ما قال البايع
 ويأخذها الشفيع من يده بالف ويقال للمشتري اتبع البايع
 وخاصة في الالف الاخرى وهذا صحيح لان البايع اما يسقط

قوله بقبض الثمن لانه لم يبق له حق في المبيع فصار كما لا جني²⁸
 واذا كان المبيع في يده فهو خصم والشفعة مأخوذة من
 ملكه فلذلك رجع الي قوله قال واذا حط البايع بعض الثمن
 او وهبه او ابرأ منه اخذ الشفيع بما بقي من الثمن ولو
 حط جميع الثمن او وهب اخذ الشفيع بجميع الثمن وذلك
 لان حط بعض الثمن يلحق بالعقد ويصير كما لو جرد في حال
 العقد فيثبت في حق الشفيع واما حط جميع الثمن فلا
 يلحق بالعقد استحسانا فلا يثبت في حق الشفيع وقد بينا
 هذه المسئلة في البيوع وليس هذا كزيادة في الثمن انها
 تلحق بالعقد ولا يستحق في حق الشفيع لان حق الشفيع ثبت
 في العقد الاول بالثمن الاول فاذا زاد في الثمن ثبت حق
 الشفيع بالثمنين فكان له ان ياخذ ياها شيئا قال فان هدم
 المشتري بنا الدار ثم حضر الشفيع فاختلفا وقيمة البناء
 فقال المشتري كانت قيمته الف وقال الشفيع كانت قيمته
 الفين فاتفقا ان قيمة الساحة الف فالقول قول المشتري
 مع يمينه وياخذ الشفيع الساحة بنصف الثمن وان
 شارك وذلك لان الشفعة تعلقت بجميع الثمن وانما
 وقع الاختلاف في قدر ما سقط من الجملة فالقول قول
 المشتري فيها سقط منها ولانه اختلاف فيما يلزم الشفيع

فالقول فيه قول المشتري قال وان اختلفا في قيمة البناء فالقول
فيه قول المشتري قال وان اختلفا في قيمة البناء والساحة
فان الساحة تقوم الساعة ولا يلتفت الى قول واحد منهما
فاما البناء فالقول فيه قول المشتري وذلك لان الساحة
يمكن الرجوع الي قيمتها والظاهر انها علي حالها في يوم العقد
لم يتغير فكان علي القاضي ان ينظر في قيمتها في الحال واما
البناء فقد تغير بالهدم عن حاله في وقت العقد فذلك
لم يرجع الي قيمته قال فان اقاما بينة قال ابو يوسف
البينة بينة الشفيع علي قياس قول ابي حنيفة وقال محمد
قياس قول ابي حنيفة ان البينة بينة المشتري وقال
ابو يوسف عن نفسه البينة بينة المشتري اما القياس
الذي ذكره ابو يوسف فلان الاختلاف يرجع فيما يلزم
الشفيع من الثمن فالبينة بينته فيما اصابه اذا اختلفا
في اصل الثمن واما قياس محمد فلان ابا حنيفة جعل بينة
الشفيع اولي لتعارض البينتين في قول المشتري فالتعليق
اولي من التي له وهذا المعنى لا يؤخذ في قيمة البناء لانه لم
يوجد في واحد منهما اعتراف فكانت بينة الزيادة اولي
وجه قول ابي يوسف انه اختلف فيما يلزم الشفيع
فالبينة بينة المشتري كالاختلاف في نفس الثمن قال

محمد ولو اشترى دارا بعرض فلم يتعابضا ولم يحضر الشفيع²⁹
حتى هلك العرض الذي هو الثمن فقد انتقض البيع فيما بين
البائع والمشتري بهلاك العرض ولذلك لو كان المشتري
قبض الدار ولم يدفع العرض فذلك العرض في يد المشتري
فقد انتقض البيع ويقضي علي المشتري برد الدار علي البائع
وذلك لان العرض تعين بالعقد وهلاك ما تعين بالعقد
يوجب بطلان العقد والشفيع الشفعة لان البيع
انفسخ بعد انعقاده فلا يسقط الشفعة كما لو رد المشتري
بغير قضا وان اختلفا في قيمة العرض فالقول قول البائع
مع يمينه لانه لا يجوز ان يستحق ملكه الا برضاه فان اقام
احدهما بينة فالبينة بينته لانها بينة قابلت الدعوي
وان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة البائع وهذا علي
اختلاف القياسين عند ابي يوسف ان قياس قول ابي
حنيفة ان البينة بينة الشفيع لانه اختلف فيما يلزم
من الثمن بالبينة بينته كاصل الثمن وعلي قول محمد ان البينة
انما جعلت بينة الشفيع لانه تعارضت البينتان في قول
المشتري ولم يوجد من المشتري قول في قيمة العرض قبلي
ان يكون البينة علي الزيادة اولي **باب**
الشفعة للصغير قال ابو الحسن واذا بيعت دار

وشفيعها صبي وهو في حجر ابيه او وصى ابيه او جده او وصي
جده اي ابيه او من ولايته عليه امام او حاكم فلكل واحد
من هؤلاء في حال ولايته ان يطالب بشفعة الصغير
وياخذ له الدار بالشفعة ويسلم ثمنها من مال الصغير
اما ثبوت الشفعة للصغير فلانه حق تعلق بعقد البيع
كالرد بالعيب ولانه يثبت لازالة الضرر ودفع الضرر
عن الصغير واجب كالكبير فاما الذي يملك الاخذ فولي
الذي يجوز له التصرف في ماله لان الاخذ بالشفعة
تملك بعوض كالشري فمن ملك الشري له ملك ان ياخذ
له بالشفعة قال فان سكت احد من هؤلاء في حال ماله
المطالبة عن طلب الشفعة للصغير اذا بلغ في الوجهين
جميعا في قولنا بن حنيفة وابي يوسف وقال ابن ابي ليلى
وزقرو محمد ان ذلك لا يجوز والصغير على شفيعته اذا
بلغ وجه قوله ان من ملك الاخذ بالشفعة ملك
التسليم كالشفيع البايع ولا يلزم الوكيل بطلب الشفعة
لانه اذا سلمها جاز وهناك لو سلم لا يجوز ولان الولي
لو اخذها بالشفعة ثم باعها بمثل الثمن جاز اذا سلمها
فقد بقي الثمن على ملك الصغير واسقط عنه ضمان الدين
فهو اولى بالجواز وجه قولهم اما اسقاط حق الصغير من

غير عوض ولان الولي لو اخذها بالشفعة ثم باعها بمثل الثمن
جاز فاذا سلمها فقد بقي الثمن على ملك الصغير واسقط عنه
ضمان الدين فهو اولى بالجواز وجه قولهم انه اسقاط حق
الصغير من غير عوض كالبراة من الدين والعفو عن دم
العدو وهذا لا يصح لان هناك اسقط الحق من غير عوض
تحصل للصغير وفي مسيلتنا حصل له عوض وهو بتبقي
الثمن على ملكه فلذلك افرقا واذا ثبت هذا فكل من يملك
الاخذ بالشفعة وتسليمها اذا سكت عن طلبها فان
تسليمها كالشفيع البايع اذا سكت عن الطلب وقال ابن
سماة عن محمد بن نوادر بن يوسف في رجل اشترى دارا
وابنه الصغير شفيعها ان له ان ياخذها للصغير لشفيعته
وان بلغ الصغير فهو على شفيعته وذلك لان البايع لا يجوز
ان ياخذها باعه بالشفعة فدلالة الوكيل بالبيع اذا
كان شفيعا وان لم يملك الاخذ لم يكن سكوته اسقاطا للشفعة
فبقيت شفعة الصغير الي حين يتمكن من المطالبة قال
واما الوصي اذا اشترى دارا لنفسه فسكت عن اخذها
للصغير بالشفعة والصغير شفيعها او سلم شفيعها
فالصغير على شفيعته في الوجهين جميعا وذلك لاز الوصي
لا يملك ان ينقل ما ابتاعه الي ملك الصغير الا بزيادة على

القبة لا يتغابن في مثلها ولم يملك الاخذ لم يكن سكوتة تسليما
فبقي في حق الصغير بحاله وهذا القول عن محمد يجب ان
يكون تقريرا على قول ابي حنيفة فاما على قوله فلا يسقط
شفعة الصغير بالاستقاط قال وقال ابن سماعه سمعت
ابا يوسف قال في صبي طلب لشفعة له فجعل القاضي له
وصيا فسكت الوصي عن الطلب شهرا قال تبطل شفעתه
الصبي وهذا على اصل ابي يوسف ان من ملك بالشفعة
الاخذ ملك استقاطها فاما تقدير الشهر فهو قول محمد ولا يجي
على قول ابي يوسف الا ان يكون هذه رواية اخرى عنه او
يكون ذكر ان السكوت عن الطلب شهرا يسقط الشفعة
فلم يقصد بذلك التقدير باب
الوكيل يشتري للدار فيطالب بالشفعة
قال ابو الحسن واذا وكل الرجل رجلا يشتري دارا فاشتراها
ثم حضر شفيعها وقد قبضها المشتري فالمشتري خصم
في الشفعة وللشفيع ان ياخذها من يده ويميل اليه
التمن وتكون العهدة عليه وذلك لان الشفعة من حقوق
العقد وحقوق العقد تتعلق بالعقد فصار الوكيل
كالمشتري لنفسه قال فان لم يحضر الشفيع حتى تسلم
الوكيل الدار الى الموكل فلا خصومة بينه وبين البائع

وخصم

٤٨
ونخصم الشفيع الموكل وكذلك لان الوكيل اذا سلم فلا بد له في الدار ولا
ملك فلا يتوجه اليه الخصومة كالبائع اذا سلم الى المشتري قال محمد
والوكيل في هذا مثل البائع اذا سلم الدار للبائع الى المشتري خرج من
الخصومة غير ان البائع لا يكون خصما حتى يحضر المشتري والوكيل اذا
قبض حصه وان لم يحضر الموكل وذلك لان المشتري لم يتم البائع مقام
نفسه فلم يحز لنا فسخ الملك عليه من غير خصومة فاما الموكل فقد
اقام الوكيل مقام نفسه ورضى به فجاز ان يفسخ الملك لمخاصمة
وان لم يحضر الموكل قال وهذا اذا علم انه وكيل في الشراء فاما اذا لم
يعلم ذلك وادعى المشتري انه وكيل لغيره وقال ابن سماعه عن ابي يوسف
سمعت يقول في رجل اشترى دارا فطلب الشفيع الشفعة فقال
المشتري فقال المشتري انما اشتريتها لفلان ولا حولي فيها وقال
الشفيع بل اشتريتها لنفسك وانما تريد ان تدفع شفعتي بهذا
قال لا اصدق المشتري واجعله خصما واقضي عليه بالشفعة
وكذلك لو قال المشتري قبل ان يشتري الدار انما اشتريتها لفلان
ثم اشتريتها فاني لا التفت الي قوله هذا واجعله خصما واقضي
عليه بالشفعة وذلك لان الخصومة قد توجهت عليه ولو علمنا
ان الوكالة لم تسقط خصومته لان حقوق العقد تتعلق به
وذلك اذا كانت الوكالة غير معلومة وقد كان اصحابنا يقولون
اذا قال المشتري قبل ان يخاصم في الشفعة انما اشترتها لفلان وسلم

الدار اليه ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين المشتري لانه اقر
قبل الخصومة فصح اقراره وخرج بالتسليم من الخصومة واما اذا
خوهم ثم اقرانه اشترها لغيره وسلمها اليه لم يسقط الخصومة عنه
لانه صار خصما للشفيع وهو يريد اسقاط حقه باقراره فلا يقبل
قال ابو الحسن ولو اقام على قوله هذا البينة قبل شرايه انه يشترها
لفلان لم اقبل بينته علي ذلك ولذلك البينة ان فلانا الذي نزع منه
اشترها له قد وكله بان يشتري هذه الدار له مثل بينته فاني لا اقبل
بينته ولا ادفع بذلك الخصومة وهذا لان الدار ما دامت في يده فهو
للخصم وان علمت لو كالة فلا معنى لاقامة البينة وقال ابن سماعة عن
محمد اذا قال المشتري انا اقيم البينة باني اقرت بهذا القول قبل ان
اشترى الدار لم اقبل بينة علي الغايب ولا خصومة بينه وبين
الشفيع حتي يحضر المقرير يداخذها فيكون الشفيع خصما وانما لم
يقبل بينته لانه يثبت بها الملك للغايب ولا يجوز اثبات الملك
للفايب بغير حضوره الا انه اقربا للملك قبل الخصومة فتعلق باقراره
حكم واذا احكنا للغايب حكم الملك صار الغايب كالمشتري والوكيل
كالبايع فلا يفسخ ملك الغايب لا يحضرون وهذه الرواية عن محمد مخالفة
للمشهور عنهم وقال ابن سماعة عن محمد في نواذه اذا اشترى الرجل
دارا لنفسه او لغيره فطلب الشفيع شفعها وخصم المشتري
فلذلك وان اقرانه اشترها لغيره فان كان فيها الي الذي اشترها

٤٤ له فالامر هو خصم للشفيع ولا خصومة بينه وبين المشتري وهو
في هذا بمنزلة البايع اذا دفع فالمشتري هو الخصم للشفيع قال
ولا اعتبر حضور الامر وهذه الرواية موافقة للمشهور الذي
قدمناه **باب المشتري بيني ما اشترى وجا الشفيع**
يطلب الشفعة او للشفيع بيني شتر يستحق الشدة
قال ابو الحسن واذا اشترى الرجل دارا وهي ساحة فبناها ثم جاشفيعها
يطلبها بالشفعة فحكم له بها فان المشتري يقال له اقلع بناك ولم
الساحة الي الشفيع وهذا قول ابني حنيفة وزفر ومحمد ورواية محمد
عن ابني يوسف ولذلك روي ابن سماعة وبشر وعلي وابن ابني مالك
عن ابني يوسف وروي بن زياد عن ابني يوسف ان المشتري لا يوخد
مقلع البناء ويقال للشفيع خذ الدار بالثمن وبقيمة الدار وترك وهو
قول الحسن والشافعي وقال ابن ابني مالك هذا كان قول ابني يوسف الاول
والخلاف في الغرض كالحلاف في البناء وجه قولهم ان الشفيع يستحق
بسبب سابق فصار كمستحق الملك فان له ان يقلع البناء كذا ههنا ولانه
يصرف من المشتري يودي الي زيادة البدل فيحق الشفيع فكان للشفيع
ابطاله كالموابع باكثر من الثمن الاول ولان كل من لو تصرف في ملكه بالبيع
يثبت لغيره حق الفسخ اذا تصرف فيه بالبناء ثبت له حق الفسخ كالدار ههنا
اذا نى وقد سلم الشافعي مسألة الرهن اذا قسم الارض والبناء اقل من
الدين وجه قول ابني يوسف ان المشتري نى في ملك نفسه فلم يجز ان

يقنع البنا كمن بني ما لا شفعة فيه ولانا لوجوزنا قلع البنا لا ضررنا
بالمشتري لا تزي انه لا يقدر على البنا والغرس مخافة الشفعة وانما
اوجبتناها لزالة الضرر عن الشفيع فلا يملك الاضرار بالمشتري
قال فاذا اشترى الرجل دارا فاحذها الشفيع بالشفعة فبناها
ثم استحققت الدار فان المستحق ياخذ الدار ويقال للشفيع اهدم
بناك ولا ترجع على المشتري بقيمة البنا ان اخذ الدار من يده ولا على
البائع ان كان اخذ الدار من يده وهذه رواية الاصول من غير خلاف وروى
ابن الوليد عن ابي يوسف ان الشفيع يرجع بقيمة البنا وكذلك روي ابن
زياد عنه وجه قولهم ان الرجوع بقيمة البنا انما يثبت للغرر الذي حل
من البائع حين اوجبا الملك للمشتري على وجه يتصرف فيه كيف شا
والمشتري لم يغير الشفيع بايجاب الملك وانما اخذ الشفيع الدار
من يده بغير اختيار فلم يكن مغرورا وانما هو الذي غرر نفسه فلا يرجع
عليه غيره وليس هذا كالثمن لان الثمن انما يرجع به المشتري لانه عوض
عن المبيع فاذا لم يسلم له المبيع لم يسلم الثمن للبائع وهذا للعني غير
موجود في البيع شفيع وعلى هذا قالوا في الجارية الماسونة اذا اشتراها
رجل من اهل الحرب فاحذها مولاها الاول من يده بالثمن واستولدها
ثم استحققت رجوع على المشتري من اهل الحرب بالثمن ولم يرجع عليه
بقيمة الاول لان الرجوع بقيمتهم انما يثبت لاجل الغرر ولم يوجد
وجه قول ابي يوسف ان كل من يثبت عليه الرجوع بقيمة البنا كالبائع

بالم

باب الشفعة بدار فيها شفعة

قال ابو الحسن اذا اشترى الرجل دارا وقبضها ولها شفيع فهي
في ملك المشتري يجوز تصرفه فيها كما يجوز في ساير املاكه ولا يمنع وجوب
الشفعة فيها من التصرف فيها الى ان يحكم بالشفعة للشفيع قال ابن رستم
عن محمد بن رجل اشترى دارا ولها شفيع فان الملك للمشتري حتى ياخذها
الشفيع بشفعته وله ان يهدم ويو اجره ويطييب له الاجر قال ابو الحسن
وهذا قول اصحابنا جميعا وذلك لان الملك انتقل الى المشتري بالبيع وانما
يثبت للشفيع حق التملك من ملكه وذلك لا يمنع من التصرف كالبيع
المشروط فيه الخيار للبائع فان حق التملك ثابت للمشتري بدلالة انه
بملك بمضي المدة ولا يمنع ذلك تصرف البائع واذا كانت الدار على
ملكه جاز تصرفه فيها وطاب له اجرها كما سيرا ملاكه قال واذا اشترى
الرجل دارا ولها شفيع حاضر او غائب ولم يعلم الحاضر بالبيع حتى يبعث
دارا اخرى الى جنب الاولى تلاصق الدار الثانية الشفيع فطالب
المشتري بالشفعة في الثانية فانه يحكم له بذلك فان حضر الشفيع
فانه يقضي له بالدار الاولى ويجوز ان يحكم في الثانية للمشتري
لانه كان جاريا في حال البيع وحكم له في الثانية وجوان الاول
قايم وذلك لما بينا ان الملك للشفيع فاذا بيعت دارا الى جنبه
يثبت له الشفعة بملكه فاذا استحققت الدار من يده بالشفعة
فقد زال ملكه عنها بعد الحكم له بالشفعة وذلك لا يسقط

الاستحقاق كالوباع دانه المشفوع بها قال ولو كان الاول جار الدارين
 جميعا والمسئلة على حالها حكم للاول بالدار الاولى وحكم له بنصف
 الثانية وذلك لان الشفيع جار للدار الثانية ولذلك المشتري
 فتساويا في جوارها فكان للشفيع نصفها مع الدار الاولى والمشتري
 النصف ولا يقال ان القاضي لما قضى للشفيع بالدار الاولى فقد زال
 ملك المشتري عما يشفع به فكيف يزاحم الشفيع في شفعة الدار
 الثانية وذلك لان شراء المشتري للدار الثانية يحكم الحاكم له
 بالشفعة في نصفها وقد كان مالكا للمشفوع في حال شراء الثانية
 وانما زال ملكه بالحكم وذلك بعد انتقال الشفعة اليه تبين انهم
 قالوا في احد الجارين اذا اشترى ملاصقة ثم مات وحضر الجار
 الاخر يطالب بالشفعة قضى له بالنصف فلو لا انهم جعلوا الشري
 كالقضي بقدر المستحق لوجب ان يسقط شفعة الميت بموته
 ويبقى شفعة الحي فيقضى له بجميع الدار ولذلك لو اشترى الرجل
 دارا ملاصقة ثم باع دانه الاول ثم حضر جار اخر قضى له بالنصف
 لانهم جعلوا شراءه كالحكم له لولا ذلك لقضى للجار الثاني بكل الدار
 لانه لا جوار للمشتري في حال الحكم وقال علي بن الجعد وبشر بن الوليد
 عن ابي يوسف لو ان رجلا اشترى نصف دار ثم اشترى نصفها الاخر
 اخر فخاصه فقضى له بالشفعة بالشركة واخذ ذلك ثم خاصه
 جاري في الشفعتين جميعا فان الجار احق بالشري الاول ولا حق له في

الثاني ولذلك لو اشترى نصف الدار ثم اشترى نصفها الاخر وذلك
 لانه شريك في النصف الثاني فهو اولى بشفعته من الجار واستحقاق
 النصف الاول لا يسقط الشفعة التي وجبت له لانها انتقلت
 اليه بالشري وصارت كالمحكوم بها قال ابو يوسف وان كان المشتري
 للنصف الثاني غير المشتري للنصف الاول فلم يخاصه فيه حتى اخذ
 الجار النصف الاول بالشفعة فالجار احق بالنصف الثاني من
 المشتري الاول لان ملك المشتري الاول زال عن النصف قبل انتقال
 الشفعة اليه فسقطت شفعته وبقي حق الجار فاستحق النصف
 الثاني بالجوار كما يستحق الاول وقد قالوا في رجل ورث دارا فبيعت^{ها}
 جنبها دارا اخرى فاخذها بالشفعة ثم بيعت الي جنب الثانية دارا فخذ
 بالشفعة ثم جاء مستحق فاستحق الدار الموروثة وطلب لشفعة فانه
 ياخذ الدار الثانية ويكون الوارث احق بالثانية من المستحق وذلك
 لان الاستحقاق يكشفان الوارث لم يكن مالكا حين بيعت الدار الثانية
 وقد قضى له بالشفعة فيها بسبب لا يتعلق به الاستحقاق بنفسه
 القضا فاما الثالثة فقد بيعت وهو مال للدار الثانية التي
 قضى له بها وان ثبت فيها حق الفسخ فكان اولى بها وصار في الدار
 الثالثة كالشفيع في الدار الثانية في مسيلتنا قال ابو يوسف
 ولو ان رجلا باع نصف دار من رجل ليس بشفيع ثم قاسه بالرفاعي
 ثم قدم للشفيع ونصيب البايع بين دار الشفيع وبين نصيب المشتري

فان هذا لا يبطل شفعة الشفيع وذلك لان القسمة تصرف من
المشتري فلا يبطل به حق الشفيع كبيعته وهبته ولو كان
البائع باع نصيبه بعد القسمة قبل طلب الشفيع للشفعة الاولى
ثم طلب الشفيع الاولى للشفعة الاولى فان قضى القاضي بالاجرة
جعلها بينهما وقضى بالاولى للاولى واذا قضى بالاولى للاولى
قضى له بالاجرة ايضا من قبل انه لم يتوفى يد المشتري الاول حق
ياخذه الشفعة وذلك لان القاضي اذا بدا بالقضا بالشفعة
الاجرة فالمشتري الاول جاز لتصيب البائع والجار كذلك فتساوى
في الجوار عند البيع وعند الحكم فقضى بالشفعة بينهما واما اذا
بدا فقضى بالشفعة للاولى فقد استحق ملكا للمشتري قبل القضا
بالشفعة الثانية فلم يجز ان يقضى للاولى هذا اذا كان المشتري
لنصيب البائع غير المشتري الاول واما ان اشتراه الاول
فالشفعة الاجرة بينهما سواء قضى بها او لا او ثانيا لما بينا ان
الشري كالحكم للشفيع فزوال ملكه بعد لا يؤثر **باب**
المشتري والشفيع يختلفان فيما وقع هل هو في صفقة
او صفقتين او هل وقع البيع في الكل او البعض
قال ابن سماعة سمعت ابا يوسف قال في رجل اشترى دارا فقال
اشترت العرصة على حدة بالف والبناء بالف فقال الشفيع بل اشتريتها
كلها بالفين قال الدار في بنائها قال لقول قول الشفيع وكذلك قال محمد

وذلك لان المشتري اقرب بالشري في الجميع وادعي تفريق الصفقة ليبطل
حق الشفيع عن بعض ذلك فلا يقبل قوله ولان تفريق الصفقة
صفقة زائدة على اطلاق البيع قال لقول قول من ادعي الاطلاق قال
ابو يوسف فان اقام المشتري بينة انه اشترى الدار بغير بناها لف
بعد ما اشترى البناء لف واقام الشفيع البينة انه اشترىها معا
صفقة ولم يوقت وقتا فالبينة بينة المشتري وقال محمد البينة بينة
الشفيع وجه قول ابي يوسف ان بينة المشتري تثبت شرطاً زائداً
وهو التفريق وبينه الشفيع تنفي ذلك فكان المثبت للزيادة اولى
ولان المشتري اقام البينة على خلاف الظاهر فكانت بينته اولى
من اقام على ما يشهد له الظاهر وجه قول محمد ان بينة الشفيع
تثبت زيادة في الاستحقاق فهي اولى ولانه يمكن الجمع بين البيتين
لجواز ان يكون باعها متفرقا ثم باعها صفقة فيكون البيع الثاني
فسخا للاول ويتعلق بالثاني ويجوز ان يكون باعها اولا
صفقة ثم باع متفرقا فيكون الثاني فسخا للاول لان الشفعة
لا تسقط بالفسخ وقال ابن سماعة في نوادر ابي يوسف سمعت ابا
يوسف يقول قال في رجل اشترى دارا فطلبها الشفيع فقال
المشتري اشتريتها وبيعت هذا البناء فيها قال لقول قول المشتري وعلى
الشفيع البينة انه اشتراها وهذا البناء فيها وذلك لان المشتري
لم يعترف بشري البناء فلم يجز اثبات الاستحقاق فيه الا ببينة قال

ولو اشترى رجل دارين ولهما شفيع ملاصق فقال المشتري اشتريت
واحدة بعد واحدة فانا شريك في الثانية وقال الشفيع بل اشتريتها
صفقة واحدة فالشفعة لي فيها فالقول قول الشفيع وذلك لانه
اعترف بالشري فيها وهو سبب الشفعة وادعي تقريظ الصفقة وذلك
معنى مسقط لها عن احدي الدارين فلا يقبل قوله الا ببينة فان
اقام بينة على الخلاف الذي ذكرنا ولو قال المشتري وهب لي هذا
البيت من هذه الدار بطريقه فاشتريت بقيتها وقال الشفيع
بل اشتريتها كلها فاني لا اصدق المشتري على ابطال الشفعة واجعل
للشفيع الشفعة فيما اقر المشتري اشترى ولا اقضي بالشفعة فيما
زعم انه وهبه وذلك لانه اعترف بالشري في بقية الدار وادعي
الشفعة بالشركة في الطريق وذلك سبب لا يعلم وجواز الجار
معلوم فلا يسقط بقوله المشتري فاما البيت الموهوب فلم يعترف
المشتري بالشري فيه فلا يجوز احجاب الشفعة فيه بغير اعتراف
قال فان اقاما البينة فاني احدي بينة المشتري فان بطل الشفعة
في الدار وذلك لان المشتري يقيم البينة على خلاف الظاهر ويثبت
لنفسها استحقاق الشفعة وبينة الشفيع تنفي ذلك وهذا قول
ابي يوسف وتجب ان يكون قول محمد بخلافه لان الشفيع يثبت زيادة
في الاستحقاق وقال ابن رستم عن محمد في رجل اشترى دارا فطلب
الشفيع بالشفعة فقال المشتري اشتريت نصفاً ثم نصفاً ذلك

النصف الاول وقال الشفيع بل اشتريتها كلها صفقة واحدة فالقول
قول الشفيع وهذا مما قدمنا فان قال المشتري اشتريت ربعاً ثم ثلثه
ارباع ذلك الربع قال الشفيع بل اشتريت ثلثه اربعاً ثم ربعاً فالقول
قول الشفيع لان المشتري معترف بشري الثلاثة الارباع وانما ادعي
تقدم ملكه في الربع ليستحق شفعتها فلا يصدق قال فان قال
المشتري اخذتها صفقة واحدة كلها وقال الشفيع بل اخذت نصفاً
ثم نصفاً فانا اخذ النصف فالقول قول المشتري في اخذها كلها او بيع
وذلك لان المشتري اعترف بثبوت الحق للشفيع في الجميع وانما يريد
التبعض الشفيع تبعض الصفقة عليه فلا يقبل قوله

باب المشتري والشفيع والبايع مختلفون في فساد البيع وصحته والخيار فيه

قال ابو الحسن روي ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره وابن الجعد
عن ابي يوسف في الاملا في رجل باع من رجل دارا ولها شفيع وقال البايع
بعثها بالغادر ثم علي اني بالخيار ثلثاً وصدقه للمشتري وكذبها الشفيع
فقال بل كان البايع بنا بالخيار فيه قال ابو يوسف لا شفعة للشفيع
في قول ابي حنيفة وهو قول محمد في الجامع الكبير قال ابو يوسف فالقول
قول الشفيع وله الشفعة وروي ابن زياد عن ابي يوسف ان القول
قول البايع والمشتري ولا شفعة للشفيع وجه قولهما انها لما
اتفقا على خيار البايع وذلك يمنع من خروج المبيع من ملكه لم
يجب الشفعة لانها تجب برغبة البايع عن ملكه ولائها لما اتفقا

على انه لم يحدث سبب يوجب الشفعة صار كما لو قال لا منتبايع وكذا
 لو اعترف بوجود الانتحاب من غير قبول وجه قول أبي يوسف
 ان الاصل في البيع البتات والخيار طاري فمن ادعى الاصل فالقول
 قوله لمسكه بالظاهر قال فان اختلفا فقالا لبايع بعت علي في
 بالخيار وادعى المشتري البيع بتاتا فان شرا وعليا وابن سماعة وروا
 عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ان القول قول البايع مع يمينه ولا
 شفعة للمشتري وقال أبو يوسف القول قول المشتري للمشتري
 الشفعة وهو قول ابن أبي ليلى قال أبو الحسن وهو قول محمد ومي
 رواية الاصل من غير خلاف وجه قولهم المشهور ان الاصل في
 البيع البتات فمن ادعاه من المتبايعين فقد ادعى الظاهر ومن
 ادعى شرطارا يدا لم يقبل قوله كمدعى الاجل وجه الرواية الاخرى
 عن أبي حنيفة ان البايع لم يعترف بخروج الشيء من ملكه فلم يجز
 ان يلزمه البيع من غير اعترافه كما لو اعترف بالانتحاب من غير قبول
 واجمع اصحابنا ان خيار البايع يمنع من وجوب الشفعة وخيار
 المشتري لا يمنع الشفعة في الرواية المشهورة وقال محمد بن شعاع اخبرني
 ابن بشر بن الوليد والحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة
 انه كان يقول اذا كان الخيار للبايع فالملك للبايع على حاله حتى يجب
 البيع واذا كان الخيار للمشتري فقد وجب للملك المشتري وهذا قول
 أبي يوسف قال بن شعاع اخبرني ابن الوليد وابن أبي مالك عن أبي يوسف عن

أبي حنيفة

أبي حنيفة انه رجع عن قوله ذلك وقال سوا كان الخيار للمشتري وللبايع
 لا يجب للملك حتى يخبر الذي له الخيار بالبيع وينفذ الثمن فاذا وجب للملك
 للمشتري وجب للمشتري الشفعة اما خيار البايع فيمنع وجوب
 الشفعة وقد بينا ذلك واما خيار المشتري فلا يمنع الشفعة
 في الرواية المشهورة لان من اصل أبي حنيفة ان الملك ينتقل عن البايع
 والشفعة تجب بهذا المعنى لا بملك المشتري وعلى قولها قد انتقل
 الملك الى المشتري فهو ولي بوجوب الشفعة وهذا قول أبي حنيفة
 الاول فاما وجه الرواية الاخرى عن أبي حنيفة فلانه خيار شرط
 لاحد المتعاقدين فيمنع وجوب الشفعة لخيار البايع ولان العقد
 معرض للفسخ بسبب الخيار لخيار البايع قال ابن سماعة عن أبي يوسف
 في نوادر سمعت ابا يوسف قال في رجل باع دارا من رجل ثم ان البايع
 والمشتري نضادا على ان البيع كان فاسدا وقال لا شفعة بل كان
 جائزا فالقول قول المشتري ولا اصدقهما على فساد البيع فاذا زعما
 ان البيع كان فاسدا بشي لواء دعاه احدهما وانكره الاخر جعلت القول
 فيه قول من يدعي الصحة فاني لا اصدقهما على الشفعة واقضي له
 بالشفعة واذا زعما ان البيع كان فاسدا بشي جعل القول قول الذي
 يدعي الفساد فاني اصدقهما ولا اجعل للمشتري الشفعة قال الشيخ
 وهذا الذي ذكره أبو يوسف انما يجي على قوله خاصة في انهما اذا نضادا
 على الخيار لم يقبل قولهما في حق الشفعة ولذلك اذا اتفقا على فساد البيع

دقا

لمعني لمحو مثل الاجل الفساد والخبث الفاسد لان هذا الاختلاف
لو حصل من المتبايعين كان القول قول من يدعي الصحة منها فذلك
اذا اتفقا عليه وخالفها المشتري فاما اذا اتفقا انهما باعا بخرا وختر
لهذا عقدا يصح ابداء لو اختلف المتبايعان فيه فقال احدهما
بعت بدراهم وقال الاخر بخرا كان القول قول من يدعي الفساد
فكذلك في مسئلتنا القول قول المتبايعين وقال ابو يوسف في هذه
المسئلة اذا قال المتبايعنا بالف ورطل خمر وقال الشفيع بالف
ان القول قول الشفيع وهذا على الرواية التي قالوا فيها ان هذا
في حكم الشرط الملق وان العقد يصح باسقاطه فاما على الرواية
التي جعلوه فسادا في نفس المعتود عليه فيجب ان يكون القول قول
المتبايعين ولا تجب الشفعة فاما على قول ابي حنيفة ومحمد ينبغي
ان لا تجب الشفعة في الفصول كلها سواء كان الفساد المدعي ملحقا
او في نفس العقد لانه يجري مجرى شرط الخيار في البيع في الشفعة
قال هشام سالت محمدا عن رجل اشترى دارا فجاء الشفيع فادعي
شفعتها وقال المشتري اشتريتها بالف على ان ابيعه بالالف متاعا
وصدقه البايع قال محمدا القول قولها ولد اروي الحسن بن زياد
عن ابي يوسف لانها لما اتفقا على الفساد فكانها اتفقا على انها
لم يتبايعا وهذا يصح ما ذكرناه عن ابي حنيفة ومحمد وهو احدي
الروايتين عن ابي يوسف فقال الحسن عن ابي يوسف فان قال اشتريتها

بالف درهم شرا صحيحا وقال البايع بل بعثتها بالف درهم بيعا فاسدا
كان القول قول المشتري قال الحسن وقال زفر القول قول الشفيع
في هذه المسائل كلها والبيع ببات صحيح وللشفيع ان ياخذها بالشفعة
وذلك لانها اذا اختلفا في الفساد والصحة فالقول قول من يدعي
الصحة منها واذا صح العقد وجبت الشفعة فاما الذي حكاه
عن زفر ان القول قول الشفيع في جميع الوجوه فانما يريد به اذا
اتفق المتبايعان على الشرط المفسد او اختلفا فيه فاما اذا
قال البايع بعثتها بخرا فلا يجوز ان يقول زفر ان الشفعة واجبة
لانه يودي الى استحقاق الملك عليه بيد لم يرض به **باب**
الرجل يطلب الشفعة بدار في يده قال هشام سالت
محمدا عن رجل اشترى دارا فادعي شفعتها شفيعها بدار في يده
فقال المشتري هذه الدار التي يده هي لصيقة هذه الدار وهي
في يده هذا ولكنها ليست له قال محمد عن ابي حنيفة قال علي الذي
يدعي الشفعة ان يقيم البينة انها داره وقال ابو يوسف اذا
اقر المشتري انها في يده او قامت للشفيع بينة انها في يده فان
له الشفعة قال محمدا لقياس ما قال ابو حنيفة وذكر ابن شجاع
في اختلاف زفر وابي يوسف عن ابي حنيفة ان القول قول المشتري
ولا تجب الشفعة حتى يقيم الشفيع بينة على الملك وقال زفر القول
قول الشفيع وله الشفعة لابي حنيفة ومحمد واحدي الروايتين

عن ابي يوسف ان الدار اذا كانت في يد انسان فالظاهر انها ملكه
والظاهر يدفع به الدعوى ولا يستحق به علي الغير الا ترى ان
المدعي عليه يدفع دعوى المدعي باليد ولا يستحق الملك بذلك
ولو جعلنا القول قوله لاستحق بالظاهر ملك المشتري وهذا
لا يصح وعلي هذا قالوا في المقذوف اذا زعم انه حر وقال القاذف
هو عبد لم يجب الحد حتى يقيم المقذوف بينة الحرية لان الظاهر
الحرية الا انه لا يستحق بهذا الظاهر حر حق علي الغير ولذلك
المقطوعة يد اذا زعم انه حر وطلب لقصاص من القاطع ويقال
القاطع هو عبد لم يجب لقصاص حتى تثبت الحرية لهذا المعنى
وكذلك قالوا في المشهود عليه اذا زعم ان الشاهد عبد لم يقض
عليه بظاهر الحرية ولذلك اذا زعمت العاقلة ان القاتل عبد
لم يتحملوا عنه الدية حتى يثبت انه حر لاني في الحكم بحريته بغير
بينة استحقاق عليهم بالظاهر وجه قوله زعم واحد الروايتين
عن ابي يوسف ان اليد موجبة للحكم في الملك بدلالة ان الشفيع
لومات حكما بانتقالها الي ورثته ولو بلغ حكما بجواز البيع فصار
ذلك كالبينة وذكر ابن سماعه في نوادر عن ابي يوسف في
رجل في يد دارا قام رجل عليه البينة ان هذه الدار كانت في
يديه مات وهي في يديه قال فاني اجعلها للذي قام البينة علي
الملك وهذا يدل علي ان باليد مع جهة انتقال الملك هو قضاء

بالاستحقاق

٤٩
بالاستحقاق وليس يحكم بالملك لان اليد قد تكون يد مالك في الظاهر
وهي غصب **باب استحقاق الشفعة**
قال ابو الحسن واذا بيعت دار في رفاق غير نافذ فاهله جميعا
شركا في الشفعة وبهم اولى من الجيران الملاصقين الذين لا طريق لهم
في الرفاق فان سلم الشركا في الطريق الشفعة اخذ الجيران الملاصقون
والشفعة لجار غير ملاصق ممن لا طريق له في الرفاق وذلك لان الدرب
اذا لم يكن نافذ فاهله شركا فيه والشريك في حق المبيع اولى من
الجار وقد قال محمد بن اهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق
اذا كان ملكا لهما وكان فئا غير مملوك ولا شبهة في المملوك لانهم
شركا فيه فاما الفنا الذي ليس بمملوك فهم اخصريه من غيرهم
فصار في حكم الملك فوجب به الشفعة فاذا سلم اهل الرفاق فلجار
الشفعة علي ما قدمنا من خلاف ابي يوسف قال ابن سماعه سمعت
ابا يوسف قال قال ابو حنيفة اذا كان بين الدارين طريق نافذ
فلا شفعة فيها الا للجار الملاصق وذلك لان الطريق لنا فليس
بمملوك ولا تختص به اهله بل هم وجميع الناس فيه سواء فصار
كالشوارع وهذا يجب ان يكون في الطريق لنا فاذا لم يكن مملوكا
فاذا كان مملوكا فهو في حكم غير النافذ في وجوب الشفعة به
قال محمد في دار بين شركا اقتسموها وعزلوا منها طريقا بينهم
نافذا ثم باع احدهم نصيبه كان للباقيين الشفعة بهذا الطريق

لانه ملك لهم وان كان نافذا لا تري ان لهم ان سدوه ويمنعوا غيرهم
من استنطراقه والنافذ الذي لا يستحق به الشفعة هو الذي
لا يملك اهله سده لان حق الجماعة متعلق به وما تعلق به حق
جميع المسلمين لم تجب به الشفعة لان ذلك يودي الي وجوبها للجميع
قال ابن سماعه عن ابي حنيفة ولذلك النهر اذا كان بين اقربة الا
ان يكون نهر اصغرا ساقية بين قوم فهو بمنزلة الذقاق فيه
الدور وليس بنا فذهم شركا في الشرب وفيه الشفعة فان
بيع قراح وله شرب في الساقية والى جانبه قراح ليس له في
الساقية شرب فاصحاب الشرب اولى به وان كانوا ابعدا لهم
شركا في النهر وهذا ليس بشريك قال ابو الحسن وكذلك نهر صغير
او ساقية بين قوم عليها قراحان او ثلاثة او بساتين ونحو ذلك
فانهم جميعا شركا في الشفعة وذلك لان النهر الصغير يجري
يجري لدرب الذي لا ينفذ في انه مملوك لاهله فتجب الشفعة
بالشركة فيه والنهر العظيم يتعلق به حق جماعة المسلمين
ولا تختص به بعضهم دون بعض فهو كالشارع فلا تجب به
الشفعة فاما الحد الفاصل بين الصغير والكبير فذكر ابن سماعه
عن ابي يوسف انه قال ليست استطيع احد في هذا حد هو عندي
عليما اري حين يقع ذلك وذكر هشام عن ابي يوسف في الساقية
الصغيرة تسقي البستانين او الثلاثة او تسقي القطعتين او ثلاثة

فصاحب

٥ -
فصاحب الارض والبستان الذي له الشرب في الساقية احق بما يقع
من الجار الذي ليس له شرب في الساقية قال ابو يوسف ليس في
الارضين التي شررها من العظيم شفعة ولم يجعل ابو يوسف
العظيم مثل الساقية فقد جعل ابو يوسف في رواية هشام
حد الساقية التي تجب بها الشفعة ان تسقي بستانين او ثلاثة وذكر
محمد في رواية ابن رستم ان النهر الذي يحمل السفن ولا شفعة فيه
وقال هشام عن محمد في النهر الذي يجري فيه السفن لا شفعة هو
بمنزلة الطريق النافذ وما لا يجري فيه السفن بمنزلة الطريق
الذي لا ينفذ وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال هشام قلت لمحمد
فما تقول في نهر لا يجري فيه السفن عليه عشرة الاف حرت نصفها
بشرب من هذا النهر من مائه والنصف الاخر له انها قال فان هو لا
الذين ليس لهم شرب في الاصل لا شفعة لهم في تلك الارضين الا بالجوار
فاما الذين لهم شرب مع اراضيهم فهم شفعا فاخبرني ان ابا حنيفة
قال اذا كان يجري في مثله السفن فلا شفعة لهم قال هشام سالت
محمد عن ساقية عليها نحو من الف حرت ارضين مائه انسان لكل
انسان شي معلوم وهو نهر مستنقروا انما لهم شرب النهر بجروونه الى
ارضهم فباع بعضهم ارضه فالذي هو ملاصق احق بالشفعة
او كلهم فيه شرع سوا قال محمد كلهم شرع سوا فنقد اجري محمد الحكم
على جريان السفن لان ما يجري فيه السفن في حكم العظيم فهو كالدرجة

والفرات وما لا تجري فيه السفن في حكم الصغيرة فهو كالزقاق والذي لا ينقل وما ذكره من شركة مائة نفس ليس على طريق الشرط واما المعتبر بما ذكره من جريان السفن وكان الكساي يقول ان جلد النهر الصغير الذي تجب فيه الشفعة هو ما اشترك فيه مائة فمائة دونهم فان كانوا اكثر من ذلك فلا شفعة وانما يرجع الى هذه الرواية وقد بينا ان محمدا ذكر هذا مثالا ولم يجعله حدا قال هشام قلت لمحمد فان ابا حنيفة قال اذا كانت الساقية بئر ثلاثة او نحو ذلك قضيت بالشفعة بالساقية فاذا كان اكثر من ذلك لم اقض فلم ارحم ارضي يقول يعقوب قال هشام قلت لمحمد فان كان يشترك من هذا النهر بئر سبعة فيه ارض فقال اصحاب الترسع له حق بما فيه من الدرع ثم قبله بمنزلة شركة ترسع قال محمد فتقدم الشركة اذا كانت بترسع يقول ابي حنيفة الذي اخبرنا ابو يوسف عنه ومعنى السكة ترسع يكون الزقاق غير نافذ وفيه معاطن زقاق اخر غير نافذ فارسع في الزقاق المنفرج دارا فاصل هذا الزقاق احق بشفعتها من اهل الزقاق الاول لان هولا شركا من طريق خاص لا ترى اهل الزقاق الاول ليس لهم ان يستطروا في العطف واذا انفردوا عنهم بالشركة في طريق كانوا اخص بالشفعة فان بيعت دار في الزقاق الاول فاهل الزقاق الاول والزقاق المنفرج شركا في شفعتها لانهم تساووا في الشركة في طريق

٥٨
الزقاق الاول لا ترى انهم يستطرقونه جميعا فتنساووا باشتقاق الشفعة به فالنهر بنا على هذا اذا نزع منه اخر فبيعت ارض شربها من النهر النافع فان بيعت ارض على النهر الكبير فان اهله واهل النهر النافع سوا في الشفعة لانهم تساووا في اشتقاق الشرب والشركة في عمود النهر قال هشام سالت محمد عن قراح واحد في وسطه ساقية جارية منها شرب هذا القراح من الجانبين جميعا فبيع القراح فجاء الشفيعان يدعيان الشفعة احدهما ثلثه هذه الناحية وحدها من القراح والاخر ثلثه الناحية الاخرى من القراح هل يشتركان في القراح كله او تكون الساقية حايله فيكون لهذا ما يليه الى الساقية ولهذا ما يليه الى الساقية قال محمد ما شفعيان في القراح كله وليس الساقية عايله لانها ساقية هذا القراح وذلك لان الساقية من حقوق القراح فصارت كالحايطة الممتدة في وسط الدار انه لا يفصل بين جنبتيها بل يستحق الشفيعان جميع الدار على الشركة فكذلك هذا قال قلت فان كان هذه الدار كانت هذه الساقية تخور هذا القراح يشرب منها الف حرب حاربا من هذا القراح وكان هذا الف الحرب من مائة رجل فجاءوا يطلبون الشفعة مع الجارين قال محمد اصحاب الساقية احق بالشفعة من الجارين حتى يكون ذلك شيئا كبر او ذلك لانهم اذا اشتركوا في شربها استحقوا الشفعة بالشرب فكانوا اولي من الجار الذي لا يشرب له **باب الشفيع بالحيطان ومسيل الماء** قال بشرى عن ابي يوسف لو ان رجلا له مسيل ما في دار بيعت كانت له الشفعة بالجوار لا بالشركة ليس المسيل

بمنزلة الشرب قال ابو الحسن انما نعني بجوار التي لها المسيل ذلك
 لان صاحب المسيل يختص بمسيل الماء وليس للآخر معه مشاركة
 في شئ فكان فصلا كما لحايط لصاحب احد الدارين في الاخرى وقال
 عنه لو ان حايطين دارين رجلين الحايط بينهما فصاحب الشركة في
 الحايط اولى بالحايط من الجار وبقية الدار ياخذها بالجوار مع الجار
 بينهما بالسوية وذكر النمر بن حذار عن ابي يوسف ان الشريك في
 الحايط اولى بجميع الدار وحكي عن زفرانه يستحق الحايط خاصة وتساوي
 الجار في بقية الدار قال وروي عن ابي يوسف مثله ذلك وجه الرواية
 الاولى ان صاحب الحايط شريك في بعض الدار بعينها وجار في
 بقية الدار فكان اولى بما هو شريك فيه ومساويا للجار في نفسها وجه
 رواية الاخرى انه شريك في بعض المبيع فكان اولى من الجار لا شركة
 له كما لشريك في الشرب والطريق وقال بشرى عن ابي يوسف
 وكذلك البيت في الدارين رجلين بغير طريق باع الرجل الدار فطلب
 الشريك الشفعة وطلبها الشريك في البيت فان صاحب الشركة
 في البيت اولى بالبيت وبقية الدار بينهما نصفان بالشفعة علي
 ما فسر لك وذلك لان احدهما شريك في البيت جار لبقية
 الدار والاخر شريك في الدار جار للبيت فاجتمع كل واحد منهما
 وشركة جوار فالشركة اولى قال الشيخ وهذا الجواب الذي يقتضيه
 ظاهر المسئلة وما اجاب به ابو الحسن في الكتاب لا يصح الا ان

يجعل المسئلة على ان البيت مشترك وبقية الدار لاحق للشريك فيه
 فباع صاحب الدار الدار ونصيبه في البيت فطلب جارا والشريك
 في البيت الشفعة فيكون للشريك في البيت نصف البيت بالشركة
 وبقية الدار متساوي فيها هو والجار قال هشام سمعت ابا يوسف
 يقول اذا كان حايطين دارين الحايطين صاحب الدارين في احدي
 هاتين الدارين لرجل او كان لرجل فيها نصيب مقسوم ولصاحب
 البيت او لصاحب النصيب ممر في الدار فباع شريكهم في الدار الذي
 هو شريك صاحب الدار الحايط قال صاحب الحايط احق بالشفعة
 من صاحب النصيب المقسوم ومن صاحب البيت وان كان لها ممر
 في الدار من قبل ان صاحب الحايط هو شريك هذا الذي باع دون صاحب
 القسمة وهذا على الراية التي جعل الشريك في الحايط اولى ببقية
 الدار من الجار وصاحب البيت جار فكان الشريك في الحايط اولى
 منه قال ابو الحسن وهذه الرواية عن ابي يوسف صحيحة عندنا
 قال هشام سألت ابا يوسف عن حايطين دارين عليهما وهو
 بينهما وباب احدي الدارين في سكة فبيعت الدار التي في السكة
 التي فيها الدور ولا منفذ للسكة لمن الشفعة قال صاحب
 الحايط احق لانه شريك في الدار فجعل الشركة في الحايط شركة في نفس
 المبيع وقدم الشفعة به وقال هشام سألت محمدا عن حايطين
 دارين عليه حسب لصاحب هذه الدار ولصاحب هذه الدار الاخرى

فبيعت احدي الدارين فحاصبا الحايط يدعي الشفعة وجا الجار يدعيها
ولا يعلم ان الحايط بينهما الا بالحطب الذي عليه لها قال محمد بن المدي
للشفعة بالحايط البينة بينة ان الحايط بينهما فان اقام بينة فهو
احق من الجار لانه شريك وان لم يقيم بينة لم اجعله شريكا وذلك لان احتيا
الحايط بالحطب ظاهر في الملك وقد بينا ان الشفعة لا تستحق بالظاهر
وانما ذكر ابو الحسن هذه المسئلة ههنا ليبين من قول محمد ان الشريك
في الحايط اولى بجميع الدارين ان في لفظ محمد احتمالا لان قوله انه احق من
الجار محتمل ان يكون احق بالحايط وظاهر يقتضي انه احق بالجميع قال محمد
وكذلك لو اقر البايع قبل البيع ان الحايط بينهما لم اجعل له بهذا شفعة
بمنزلة دار في يد رجل اقرارنا لاخر بيعت في جنبها دار فجا المقر له يدعيها
بشفعة الدار التي اقر له فانها شفعة له بذلك حتى يقيم بينة
ان الدار دار فاذ لم يعلم ذلك الا بقولهما لم يصدق على الشفعة
وذلك لان المقر يجوز ان يكون صادقا في اقراره ويجوز ان يكون كاذبا
فلا يمكن احباب الشفعة على المشتري بالاقرار وقد ذكر في المنتقا عن ابي
يوسف انه قال بعد رجوعه من البصرة في رجل بيعت دارا في جنب داره
وهو شفيعها وقد عرف القاضي ان الدار التي في يديه له وانه شفيع الدار
فقال الشفيع بعد بيع الدار التي فيها الشفعة ان دارى هذه لفلان
قد بعتهما منه منذ سنة وقال هذه المقالة في وقت يقدر على اخذ
الشفعة لو طلبها لنفسه قال لما اقرب الدار لرجل فقد نقص على ذلك

٥٢
وصيرها لغريم فلا شفعة له ولا للذي اقر له الا ان يقيم المقر له البينة على
شراها او هبتها وهذا على ما بينا وقد ذكر الخصاص في الحيل في اسقاط
الشفعة ان البايع اذا اقربهم من الدار للمشتري ثم باعه بغيره الدار
ان الجار لا يستحق الشفعة لان المشتري شريك بالسهم المقربه وكان
الشيخ ابو بكر الرازي يخطي الخصاص في هذا ويفتي بوجوب الشفعة
للجار في نفيسة الدار قال لاننا لم نعلم ان البايع صادق فيما اقربه للمشتري
ويستدل على ما قال هذه المسئلة التي ذكرها محمد في الاقرار بسهم في الحايط
او بالدار ويجوز ان يصح قول الخصاص وذلك لانا الشفيع لا بد ان يعترف
بملك البايع فيما باعه حتى يصح ان يطلب شفعة واقرار اعترف بملك البايع
لما باع فان كان ما كان في لظاهر لجميع الدار فقد نفذ اقراره للمشتري وان لم
يكن ما كان للسهم المقربه بعد اقراره في سهم مما باع لانه اقر له بسهم
مشاع وليس كذلك مسئلة الحايط لانه يجوز ان يكون لغير البايع فلا
يكون في مطالبة المشتري بالشفعة ما يوجب تصديق البايع في الاقرار
بالحايط قال هشام قلت فان اقام الذي يدعي الشفعة البينة ان الحايط
لهذا عليه حطب ولهذا قال اسئل البينة الحايط بين هذين فان قالوا لا
ندري لم اقبل شهادتهم وذلك لانهم لم يشهدوا الا بما قد علمناه من المشاهدة
وهو حق الوضع وذلك لانعلم به الملك في الحقيقة والبينة اذا لم تغد
الا ما افاده الظاهر لم تقبل قال فان كان الحايط بينهما قد علم ذلك
وبيع في احدي الدارين نصيب مقسوم او حجرة فيها وطريق ذلك في الدار

وبأيهما واحد فادعي صاحب الحائط الشفعة أو صاحب النصيب المقسوم
قال محمد الشفعة لصاحب الحائط لأنه بينهما غير مقسوم فجعل محمد
الشريك في الحائط أو في بقية الدار من صاحب البيت المقسوم
وهذا مثل رواية أبي يوسف وقال بشر عن أبي يوسف لو أن
رجلا اشترى حائطاً في دار بارضه ثم اشترى ما بقي ثم طلب
جار الحائط الشفعة فله الشفعة في الحائط ولا شفعة له فيها
بقي من الدار مثري الحائط أو في بالشفعة الثانية من قبل
أن ملكه قد حال دون ملك الآخر فصار أقرب جواراً وذلك
لأن الجار جار الحائط فثبت له فيه الشفعة بالجوار فادع
بقية الدار قبل أن يأخذ الحائط فقد حال الحائط بين الجار
وبين المبيع لا تجب له الشفعة وقال ابن سماعه في نوادره
سمعت أبا يوسف قال في دار بين رجلين لرجل فيها طريق فباع
أحدهما نصيبه من الدار فشركه في الدار أحق بشفعته ذلك
ولا شفعة لصاحب الطريق فيها ولصاحب الطريق الشفعة
في الطريق وذلك لأن الطريق إذا كان معيناً فصاحبه جار لبقية
الدار فالشريك فيها أو من له الشركة بموضع الطريق
فأستحق الشفعة فيه قال ذلك دار بين رجلين ولأحدهما
حائط بينهما وبين رجل بعينه بارضه فباع الذي له شريك في الحائط
نصيبه من الدار والحائط قال فالشريك في الدار أحق بشفعة

٥٤
الدار ولا شفعه للشريك في الحائط في الدار وله شفعة والحائط
وأرضه وهذا صحيح على الرواية التي يقول فيها أن الشريك في
الحائط جاري بقية الدار فيكون الشريك في الدار أو من له منه قال
وكذلك دار بين رجلين ولأحدهما بير ما في الدار بينهما وبين رجل
آخر فباع الذي له الشركة في البير نصيبه من الدار فالشريك في الدار
أحق بشفعته الدار ولا شفعة للشريك في البير وله الشفعة
في البير ولا يكون له الشفعة فيما يسكن إذا كان شريكاً فيما لا يسكن
بمنزله طريق وحائط وبين ذلك لأن الشريك في البير شريك في
بقعه بعينها فكان أو فيها وهو جاري بقية الدار فالشريك
في الدار أو من له فاما تغليله فيقتضي أن الشريك في البير والحائط
ليس بمنزلة الشريك في الطريق لأنه شريك فيما لا يسكن فلا يستحق
الشفعة فيما يسكن والشريك في الطريق شريك فيما يسكن فيستحق
الشفعة فيما يسكن ومعنى هذا أن الحائط والبير منفعتان تختص
بهما ولا يتعلق ببقية الدار فلم يكونا من حقوقها ومنفعة الطريق
تتعلق بجميع الدار كمنفعة الشرب الذي يتعلق بجميع البستان
فلذلك كانت الشركة فيه موجهة للشفعة في الجميع وهذا تنقيح
من أبي يوسف على أحدي الروايتين قال وكذلك بيت سفل بين رجلين
لأحدهما عليه علو بينهما وبين رجل آخر فباع الذي له نصيب في العلو
والسفل نصيبه من رجل قال فالشريك في السفل الشفعة في

السفل ولا شفعة له في العلو ولشريكه في العلو والشفعة في العلو
ولا شفعة له في السفل وهذا على ما بينا ان كل واحد منهما شريك في
شيء وجاري في شيء وكان اولى بالشفعة من الجارية **الشفعة**
في فسخ البيع في **ابو الحسن** اذا اشترى رجل من رجل
دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم رد المشتري لدار بخيار ردية او
بخيار شرط قبل قبض الدار وبعد ذلك فاراد الشفيع ان ياخذ
الدار بالرد بالشفعة فليس له ذلك ولوردها بعيب قبل
القبض بقضا او بغير قضا كان كذلك وان ردها بعيب بعد القبض
بغير قضا اخذها بهذا الرد وان كان بقضا فلا شفعة له في الرد
قال الشيخ وجملة هذا ان الشفيع اذا سلم الشفعة ثم عاد المبيع الى
البائع على حكم الملك الاول فلا شفعة له بالعود لانه اسقط شفعته
عن ذلك الملك فلا يعود سبب اخر وكل موضع عادت
الى البائع بحكم ملك مبتدأ كان للشفيع الشفعة كما لو اشترى دارا والرد
بخيار الردية والشرط يوجب عود الملك الاول كذلك الرد بالعيب قبل
القبض فاما الرد بالعيب بعد القبض فيختلف فيه القضا وغير القضا
وهذه فصول قد بيناها في البيوع قال ولو قال المشتري البائع البيع
اقاله بغير عيب قبل القبض وبعد فان للشفيع ان ياخذ الدار بالشفعة
لانها عادت الي البائع على حكم ملكه لمبتدأ الا ترى انها دخلت في ملكه بقبوله
ورضاه فصارت للمالك لشري **باب** قال الشيخ الكلام

فيما ذكر ابو الحسن في هذا الكتاب قد بيناه وقد اخذ مساييل مشهور
ومساييل واقعة نحن نذكرها في هذا الكتاب وان كانت مختلفة قال
اصحابنا اذا اشترى الرجل دارا بثمن موجد فالشفيع بالخيار ان شا
اخذها بثمن حال وان شا انتظر متى الاجل فاذا مضى الاجل اخذها
وليس له ان ياخذها بثمن موجد فذلك لان الاجل لا يثبت الا بالشرط
ولم يوجد بينه وبين المشتري والبائع شرط اجل فلم يثبت ولا للاحل
مدة ملحقة بالعقد كالحيار ومعلوم ان المشتري لو شرط الحيار لنفسه
ثم اخذها الشفيع لم يثبت له خيار لانه لم يشرط له كذلك هذا اذا
لم يثبت الاجل في حقه كان بالخيار ان شا اخذ بثمن حال وان شا انتظر
حتى يحل الاجل لازله ان يقول لا الزم الثمن بزيادة صفة لم يقع عليها
البيع فان اختار اخذها بثمن حال وقد روي بشر بن الوليد عن ابي يوسف
في هذه المسئلة ان الشفيع يجب ان يطلب عند علمه بالبيع فان
سكت عن الطلب حتى يحل الاجل فذلك تسليم وقال ابي مالك كان
ابو يوسف يقول هذا ثم رج فقا لا اذا سكت ثم طلب عند حل الاجل
فله الشفعة وجه رواية بشر ان الشفيع واجبه بالعقد ولهذا
بملك اخذها بثمن حال وانما يتاخر الاخذ لاجل صفة الثمن فاذا ترك الاشهاد
عند وجوب الشفعة بطلب وجه رواية ابن ابي مالك ان الطلب يحتاج اليه
للاخذ فاذا كان ترك الاخذ لا يؤثر في شفيعته فكذلك تركه الطلب
قال اصحابنا اذا مات الشفيع قبل ان يقضي له بالشفعة بطلت شفيعته وقال

الشافي للورثة اخذ الدار لنا انه خيار لاستحقاق ملك بالتمن فوجب
ان لا يورث خيار الغنول في البيع ولا زكل من لا يستحق الشفعة حال ابرام العقد
لا يستحق ذلك العقد ابد اوارث الجار ولا ز الوارث لم يكن له ملك عند عقد البيع فلا
يثبت له بذلك البيع شفعة كالموصى له **فصل** قال اصحابنا اذا باع الما ذو
دار او المولى شغيرة فان كان عليه دين للمولى الشفعة لان المولى في اكسابه كالاخي
وان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان الملك له والمادون قائم مقامه في البيع فصار
كبيع وكيله وقالوا ان اشترى المادون وعليه دين فمولاه الشفعة لانه في
كسبه كالاخي وان لم يكن عليه دين فلا شفعة له لان الدار على ملكه وملك اخذ
من غير شفعة فلا معنى لاخذها بالشفعة فاما المكاتب فهو فيما يشترى ويبيع
مع المولى كالاخي لانه لا يملك ما في يديه **فصل** قال في الاصل اذا شهد
شاهدان البايع والمشتري لما الشفعة للشفيع وشهد شاهدان
ان الشفيع سلم الشفعة فانه يفتي بالدار الذي هي في يد المشتري او البايع
وهذا كرجلين اختصا في دار كل واحد منهما يزعم انه اشترى بها من الآخر
بتمن مسمي ولم يذكر خلاف محرم في الاصل وهذه المسئلة تشبه مسئلة
التهاير من وجه وبغار قها من وجه لان في مسئلة التهاير قال ابو حنيفة
وابو يوسف اذا اقام كل واحد منهما البينة انه اشترى من الآخر
فدخول المشتري مع البايع في العقد اعتراف له بالملك فكانها اقاما
البينة على اقرار كل واحد منهما للآخر ونصبها لا يوجد في تسليم
الشفيع للمشتري والمشتري للشفيع لان التسليم ليس باقرار للملك

٥٢
وشبه مسئلة التهاير من وجه وهو ان كل واحدة من البينتين تقتضي
كون الملك للآخر ولا تاريخ فيثبت الملك لكل واحد منهما في الحال التي
ثبتت للآخر وهذا مثل مسئلة التهاير والصحيح مفارقة هذه المسئلة
لعله تلك المسئلة والوجه فيها انها لم تثبت التاريخ حكما بتسليمها
معا وبتسليم المشتري للشفيع يلحقه الفسخ وتسليم الشفيع للمشتري
لا يلحقه الفسخ الا ترى ان الشفعة بعد التسليم كان ما لا يلحقه الفسخ
اولي بالجوار كرجل اقام البينة انه اشترى عبدا من مولاه واقام العبد
البينة ان مولاه اعتقه ولا تاريخ بينهما وكان ابو بكر الرازي يقول هذه
المسئلة قولهم لا يثبت خلاف محرم من غير رواية ويفرق لمحمد بن هك
المسئلة وبين مسئلة التهاير لانه يحكم في تلك المسئلة بان الخارج باع
من صاحب اليد ولم اليه وان صاحب اليد باع من الخارج ولم يلم اليه
ولا يمكن اثبات التاريخ بين التسليمين لانه لا دلالة عليه ويجوز ان يسوي
لمحمد بن هك المسئلة وبين تلك ويقال بانما يحل الامر على ان المشتري سلم
للشفيع ثم سلم الشفيع والشئ على ملكه فبطل تسليمه او يحل الامر
على ان الشفيع سلم او لا ثم سلم له المشتري فيكون ذلك كبيع بتراضيهما
فصل وقالوا اذا ادعى الرجل دارا والمدعي عليه ينكر دعواه ثم
صالحه من دعواه على دار وجبت الشفعة في المصالح عليها ولم يجب في
المصالح عنها وذلك لان المدعي عليه يزعم ان الدار على ملكه لم يملكها بعقد
الصالح وانما اسقط عن نفسه الخصومة بما دفع فلا يستحق عليه

الشفعة فاما المدعي يدعي ان الدار علي ملكه وانه اخذ هذه الدار عتقا
عنه فليستحق عليه الشفعين باعتزافه **فصل** قال في الاصل
اذا تكفل رجلان للمشتري عن البايع بالدرك ثم شهدا ان المشتري سلم
الدار الي الشفعين لم يقبل شهادتهما لانها ضمننا للمشتري فيصح البيع فصارا
كالبايع **فصل** ولو شهد البايع بتسليم الشفعين الشفعة لم تجز
لانه ضمن تصحيح الملك للمشتري وفي تسليم الشفعين تصحيح الملك للمشتري
قال وان شهد ابنا البايع سلم الي المشتري جازت شهادتهما لانها يسقطان
الحق عن ابنيهما وان كان البايع سلم الي المشتري جازت شهادتهما لانه لا منفعة
لايهما فيها فان سلم فلم لا تقبل شهادتهما ايها بعد التسليم قيل لانه كان
خصما في الشفعة قبل التسليم ومن كان خصما في شيء لم تقبل شهادته فيه
وان خرج من الخصومة كالوكيل اذا عزل **فصل** قال اصحابنا اذا
اشترى الذي من الذي دارا خمر او خنزير وشفيعها ذي او مسلم فله
الشفعة فان كان ذميا اخذها بمثل الخمر وبقية الخنزير وان كان مسلما
اخذها بقيمة الخمر وقال الشافعي لا شفعة فيها فان سلم المشتري للشفيع
الشفعة وهما ذميان لم اعترض عليهما وان اسما وهذا فرع علي اصلنا
ان بيعهم بالخمر والخنزير بيع جائز فوجب الشفعة فيه كالبيع بالخمر والشاة
فان كان الشفعين ذميا اخذها بمثل الخمر لانه يصح بغير ضمانه له بمثله
وان كان خنزيرا اخذ بغير ضمانه لانه لا مثله وان كان الشفعين مسلما اخذ
بقيمة الخمر لان المسلم لا يجوز ان يضمن تسليم الخمر في ذمته ويجوز ان يلزمه قيمتها

٥٧
لحق الذي كملوا استهلكها عليه وعلي الشافعي ان كل بيع يقر المتعاقدان
عليه يجوز ان يجب للشفيع فيه الشفعة اصله بيع المسلمين **فصل**
قال في الاصل اذا باع المريض دارا بالدين تساوي ثلثة الاف ووارثه
شفيعها فلا شفعة له عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد للوارث
الشفعة لابي حنيفة ان الوارث لا يخلو ان ياخذها بالدين او ثلثة الاف
فان اخذها بالدين سلمت له الحجابة وهذا لا يصح وان اخذها بثلاثة الاف
سلم للمشتري زيادة على الثمن الذي دفع وهذا لا يصح وجه قولها ان المشتري
اجنبي من الوارث فيجوز ان ينتقل الملك اليه من جهته كما لو كان البايع
اجنبيا ولم الالف الزائدة الي المشتري لان المريض جابه فكانه وهبها
فصل ذكر في المنتقا فيمن اشترى دارا بالدين ثم باعها بالدين
فعلم الشفعين بالبيع الثاني قال اذا كان للدار جاران احدهما غايب
والاخر حاضر فخاصم الحاضر الي قاضي لا يري شفعة الجار فابطل شفעתه
ثم حضر الغايب فخاصم المشتري الي قاضي يري شفعة الجار فضي له جميع الدار
لان القاضي الاول ابطل شفعة الحاضر فلم يبق الا الغايب فاستحق
الجميع قال محمد ولو كان القاضي الاول قال ابطلت كل شفعة متعلق
بهذا البيع لم تبطل شفعة الغايب لان هذا قضا من القاضي علي غايب
فصل قال محمد اذا بلغ الشفعين البيع فصلي بعد الجمعة اربع
لم يبطل شفעתه وان صلى اكر بطل شفעתه لان الاربعة بعد الجمعة
بتسليمه واحدة ستة فصارت كالركعتين فان الزيادة عليها

فليست فصارك لدخول في صلاة اخرى وقد ذكر محمد في المحرقة اذا كان في صلاة النفل فان زادت على اربعين يبطل خيارها فينبغي ان يحل ذلك على النفل المبتدأ فاما النفل الراجي الذي من سنته ان يكون اربعاً فهو كالنفل **فصل** قال ولو اشترى رجل داراً لم يبرها فبيعت على جنبها دار فاخذها بالشفعة بالشفعة لم يبطل خياره ولو كان له فيها خيار شرط بطل خياره والفرق بينهما انه لو كان قبل ان يري الدار قد ابطلت خياره لم يبطل فاذا فعل ما يدل على الابطال لم يبطل ولو قال ابطلت خيار الشرط بطل فاذا انصرف بما يدل على الابطال بطل واخذ بالشفعة يدل على اختياره لتبقيته المبيع على ملكه **فصل** روي بشر بن الوليد عن ابي يوسف في كتاب الشفعة في الامالي في بيت عليه غرفتان احدهما فوق الاخرى وكل غرفة طريق في دار اخرى ليس بينهم شركة في الطريق ولصاحب السفلي جميعاً لهما تساويان في الجواز وان باع صاحب العلو كانت الشفعة لصاحب الاوسط ولا شفعة لصاحب السفلي لانهما لا جواز بينهما **فصل** قال ابو يوسف لا اكره الحيلة في ابطال الشفعة وقال محمد اكره ذلك اشد الكراهة لابي يوسف ان يمنع بالحيلة من وجوب حق عليه وذلك لا يمكن كما يكره التزوج ليعتد عن نفسه الحد بالوطي وكما لا يكره الحيلة في إسقاط الربوا وجه قول محمد ان الله تعالى اوجب الشفعة سبباً لدفع الضرر عن الشفيع وفي اباحة الحيلة ببقية

الضرر بالشفيع فلم يجز وعلي هذا الخلاف في إسقاط الزكاة قال ابو يوسف لا اكرهها وقال محمد اكرهها ثم كتاب الشفعة اللهم اغفر لكانته **كتاب الذبايح** قال الشيخ الذبايح محظورة بالعقل لان الاشياء في الاصل عندنا على الاباحة الا ما كان فيه ادخال ضرر على الحيوان والمحظورة بالعقل على ضربين منه ما يقطع تجريمه فلا يراد بالشرع باباحته كفتح الظلم له منه ما هو مجوز فيجوز ان يراد بالشرع باباحته وانما كان كذلك لان الضرر اذا كان فيه مع بؤس عليه حسن العقل ولذلك حسن ان يحجر الاطفال ويداو والماله في ذلك لانه من النفع ولا يعلم بالعقل ان للبهائم في ذبحها منفعة فلا تجوز ان يقدم عليها فاذا اباح الشرع ذلك كشف لنا عن المنفعة التي يحصل لها من العوض فحسن فعلها ولا يقال ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل لحم الحيوان قبل ان يبعث فلو كانت الاباحة بالشرع لم تجز له وذلك لانا لانعلم انه صلى الله عليه وسلم قبل بعثه ذبح وانما اكل اللحم وليس في خطر الذبح ما يوجب خطر اللحم لانهما اذا ذبح فالاكل لم يحصل منه الم يفسد في العقل ولو ثبت انه صلى الله عليه وسلم ذبح لم يمتنع ان يكون فعل ذلك على شريعة من قبله واذا ثبت اباحة الذبح فالكلام بعد ذلك فيما يحل من الحيوان وما يحرم وجملة ذلك ان الحيوان على ضربين منه ماله دم سايل ومنه ماله لا دم له فما لا دم له حرام اكله الا الجراد وماله دم على ضربين احدهما ما يعيش في الماء والاخر لا يعيش في الماء فما يعيش في الماء حرام الا السمك خاصة وما يعيش في البر على ضربين مستأنس ومستوحش فالمستأنس يحل منه الانعام وهي البقر والغنم والدجاج

وما سوى ذلك من المستأنس لا يוכל الا الفرس فانه يكن عند أبي حنيفة ولا يكره
عند أبي يوسف ومحمد واما المستوحش فيجوز منه كل ذي مخلب وناب ويحل ما سواه
ويكره اكل الحشرات كلها ونحن نبين ذلك فضلا فضلا في موضعه من الكتاب قال ابو الحسن
ذكر ما احل الله تعالى من ذلك في كتابه قال الله تعالى والانعام خلقنا لكم فيها دنيا ومنافع
ومنها تاكلون وقال تعالى اولم يروا انا خلقنا لهم مما عملت ايدينا انعاما فهم
لها مالكون وذللناها لهم فمنها ركوبهم ومنها ياكلون وقال تعالى الله
الذي جعل لكم الانعام لتركبوا منها ومنها تاكلون وقال تعالى ومن الانعام
حمولة وفرشواكلوا مما رزقكم الله فالحمولة البكار ومنها والفرش لصغار
والانعام الابل والبقر والغنم لا علم خلافا في ان اسم الانعام واقع
على ما سميناه فانه الايات قد دلت على اباحة اكل الانواع الثلاثة
وقد دل عليها الاجماع قال وما عدا الانعام من اليها بم الانسية
فلا تجوز اكله لا تجوز اكل الخيل ولا البغال ولا الحمير وهذا قول أبي
حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد بذلك الا في لحوم الخيل فانهما لا يأنسان
بذلك اما الحمير الاهلية والبغال فلا تجوز اكلها وحكي عن بشر المريسي انه قال لا
باس باكل الحار والدليل على ذلك قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وهن
الاية خرجت تخرج الامسان فلو جاز اكلها لذكر لان الامتان والنعمة في الاكل
اكثر من النعمة في الركوب وقد روي ابو حنيفة عن نافع عن ابن عمر قال نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم في غزوة خيبر عن لحوم الحمير الاهلية وعن منعة النساء وروي مالك
عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي عن ابيهما عن علي رضي الله عنه ان رسول

٥٨
الله صلى الله عليه وسلم نهى عن منعة النساء يوم خيبر وعن اكل الحمير الاهلية يوم خيبر
وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم قيل له يوم خيبر اكلت الحمير فامر ابا طلحة ان ينادي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم نهىكم عن لحوم الحمير الاهلية فانها رجس والذي روي ان عائشة
سئلت عن لحوم الحمير فبكت قولا الله تعالى قل لا اجد فيها اوجي الى محرما على طاعم يطعمه
فقد احتجت بانه عامة اتفق على تخصيصها فالرجوع الى ذلك التخصيص اولى
والذي روي عن عمرو بن دينار قال قلت لجابر بن زيد انهم يزعمون ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن لحوم الحمير الاهلية قال كان الحكم بن عمرو والغفاري يقول ذلك عندنا بالبصرة
واما ذلك الخبر يعني ابن عباس فقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما خلاف ذلك
وهو انه احتج في المتع من اكل الخيل بالاية وهذا يقتضي المنع من اكل الحمير
والذي روي ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال لي مالي كله فلم يبق الا الحمير الاهلية
فقال النبي صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك فاني انما نهيتكم عن حلال القرية فيحمل
ان يكون المراد به كل من اثمانها كما يقال اكل فلان عقاره بمعنى اكل ثمنه ولا تجوز ان
يحمل كهيبة يوم خيبر عن اكل الحمير لانها لم تحبس لان ما يحتاج اليه الجند للاكل لا يخرج
منه الخمس ولا تجوز ان يكون ذلك لقلة الظهر لان النبي صلى الله عليه وسلم
امر بان تكفي القدر وذلك لا يتنفع به في الظهر ولا تجوز ان يكون لانها كانت
حلالا لانه خص النبي بالحمير الاهلية وهذا المعنى يوشى في الحمير وغيرها
فصل ولنا لحوم الخيل فقال ابو حنيفة يكن اكلها وقال لا يكره
وبه قال الشافعي لا في حنيفة الاية وقد بينا وجه الدليل منها روي
خالدين الوليد قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل لحوم الخيل

والبغال والخمير وروي المقداد بن معدي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
 حرام عليكم الحمار الاهلي وخيلها وبغالها وكل ذي ناب من السباع وكل ذي
 مخلب من الطير ولانه دوحا فراهلي كالحمار ولا تتجاجة لا يوكل وهو
 البغل واكل التناج معتبرا به الاتري ان الحمار الوحشي لو نزع علي
 الاهلي لم يوكل وله واذا كان المعنبر بالام دل تحريم البغل على تحريمها
 وجه قولها ما روي انس بن مالك قال اكلنا لحم فرس على عهد رسول الله
 صلى الله عليه وسلم وعن جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله
 عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمير لاهلية واذن في الخيل فاما الدليل
 على اباحة الدجاج اجماع الامة على ذلك ومن هذا النوع المستانس
 البط والسكرى الذي لا يتوحش هو في حكم الدجاج في الاباحة
 بالاجماع قال ابو الحسن فاما الصيد فذكر الله تعالى ما باح اصطياده
 بقوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسياحة وحرم
 عليكم صيد البر ما دمتم حرما فاحل اصطياده ما في البحر عا ما للحلال والمحرم
 وحرم صيد البر على المحرم واحله للحلال وكذلك قوله تعالى واذا حلت لكم فاصطادوا
 فيه احلال الاصطياد وليس في الموضعين جميعا ذكر ما يوكل منه وما لا يوكل
 وقد جات السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخطر بعض ذلك ووقع
 الاجماع على اباحة بعضه وهذا الذي قاله صحيح لان الايات دلت على اباحة
 الاصطياد ولم يدل على اباحة الصيد وقد يباح الاصطياد لما لا يوكل
 لينتفع بجلده ووبره وعظمه فلم يكن في الآية دلالة على اباحة الاكل قالوا والظبا

وبقر الوحش وحمير الوحش واليحمور والابل حلال لا اختلاف في
 ذلك بين المسلمين وقد دل على اباحة الحمير الوحشية ان النبي صلى الله
 عليه وسلم لما سئل يوم خيبر عن لحوم الابل الحمر قال لاهلية فقتل
 نعم وهذا يدل على اختلاف الوحشية والاهلية وقد روي ان رجلا
 من نهر قال للنبي صلى الله عليه وسلم بالروح او قد راى عليها حمار وحش عقير هذه
 رميتي برسول الله وهي لك فامر عليه الصلاة والسلام ابا بكر رضي الله عنه فقتله
 بين الرفاق فاذا كان الوحشي مباحا وان كان نظيره الاهلي محرما كانت الظبا
 والبقرا التي نظيرها من الاهلي مباح اولى بالاباحة قال وحرم رسول الله صلى
 الله عليه وسلم كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير والحديث عن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم في ذلك مشهور وقد ذكره ابو الحسن بعد هذا عن ابن عباس ان النبي
 صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير وروي
 عن ام حبيبة بنت العراء عن ابيها ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل ذي ناب من
 السباع وعن كل ذي مخلب من الطير وعن المحمة وان يوطين الجبال حتى يضعن ما
 في بطونهن وروي محمد بن ابي ان انصاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن يوم
 خيبر عشرة وحرم خمس لعن اكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه والواشمة
 والموتشة والواصلة والموتصلة وبايع الصدقة وحرم الخلسة والنهبة
 والمحتمه والحمار الاهلي وكل ذي ناب من السباع وروي ابو هريرة رضي الله عنه
 قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل كل ذي ناب من السباع حرام قال ابو الحسن
 فذو الناب من السباع الاسد والذئب والفرو والهند والثعلب والضبع

والكلب والسنور البري والاهلي فهذا محرم لما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في
نهيهِ عن كل ذي ناب من السباع وهذه الجملة لا خلاف فيها الا في الضبع قال الشافعي انه
مباح وقد دل على تحريمه الخبر ولانه سبع وذو ناب كالكلب والخنزير ولانه سبع يتناول
الجيف كسائر السباع والتعلب حرام ايضا لهذا الخبر ولانه سبع وذو ناب كالذئب
فاما المجثة التي ذكرها النبي صلى الله عليه وسلم في الخبر فقد رويت بالفتح وبالكسر
فالروى بالفتح كل صيد جثم عليه الكلب حتى مات غما والمجثة بالكسر كل شيء عاديته
ان تجثم على الصيد مثل الكلب الذئب وقد روي عنه صلى الله عليه وسلم انه لم يخطئ
وهو ما يختطف في الهوام مثل البازي والحداة ونحوها ونهي عن النهية وهو ما ينهت
الارض مثل الذئب ونحوه قال ابو الحسن وكن اصحابنا مع ذلك من الصيد لم الغيل
لانه من ذوات الناب كسائر السباع وكرهوا الذئب والقرد لانها من جملة المسوخ
وذلك محرم لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الضب فقال امة مسخرة
الارض اني اخاف ان يكون منها فذل بذلك علي تحريم المسوخ قال وكرهوا اكل الضب
وقال الشافعي لا يكره لنا ما روي عن عايشة ان النبي صلى الله عليه وسلم اهدي اليه
لحم فامتنع ان يأكله فجأت سائلة فارادت عايشة ان تطعمها اياه فقال لها اطعمي
مالا تاكلين ولا تجوز ان تحل امتناعه علي ان نفسه تعافه لانه لو كان كذلك لما
امتنع من التصديق به الا ترى انه لما امتنع من اكل شاة الانصار امر بالتصدق لها
وروي عبد الرحمن بن حسنة قال كما في بعض المغازي فاصابتنا مجاعة فزلنا
في ارض كثيرة الضباب فضربنا القدر وكانت القدر ولتغلي وجا النبي صلى الله
عليه وسلم فقال ما هذا قلنا الضب يا رسول الله فقال ان امة مسخرة فاخاف

71
ان يكون هذه منها فامر باكلها القدر ولانه من حشرات الارض كسائر الحشرات
والذي روي عن عمران النبي صلى الله عليه وسلم قال انه لم يكن بارض قومي فاجد نفسي
تعافه ولا اكله ولا احرمه وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال اكل على ما يكره
النبي صلى الله عليه وسلم لحم ضب فهذا يغيبه الاباحة وما ذكرناه يغيبه الخطر فهو
اولي قال فكذلك اليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا اكل جميع الهوام
مما يكون سكناه الارض والجرد من الفار والاوزاغ والسام ابرص والعصابة
والقنافة والورن الحيات وجميع هوام الارض قال بشر بن الوليد عن ابي يوسف
قال ابو حنيفة اكره اكل الهوام كلها وقال ابو يوسف مثل ذلك ولا اعلم من
اصحابنا في ذلك خلافا وذلك لان الهوام كلها مستحبة وقد قال الله تعالى وحرم
عليهم الحبايط ولانها تتناول النجاسات في الغالب وذلك من اسباب الكراهة قال
وكل ما لادم له فهو مكروه اكله عندنا الا الجراد وكرهوا الذئب كله والزنبور
والذباب وسائر ما لادم له وذلك لان هذا كله مستحب في قوله تعالى
وحرم عليهم الحبايط فاما الجراد فتدلل على اباحته النص وهو قوله صلى الله عليه
وسلم احلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد والكبد والطحال واجمعت الامة
على اباحته قال وكرهوا ذوي الخلب من الطير الصفرة والبازي والشاهين والعقاب
والنسر وما اشبه ذلك وكرهوا الكل الرخم والبعات وما اكل الجيف من الطير مثل
الغراب لا بقع والاسود الذي يأكل الجيف وقد دل على تحريم ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم
عن كل ذي خلب فاما الغراب الذي يأكل الجيف فيكره ولا بأس بما يأكل الحب وهو الذي يشبه
الزراع قال ابو يوسف فان كان غرابا يختلط في اكل الجيفة ويأكل الزرع فانه لا يؤكل وقال

ابو يوسف وما الذي خصت في اكله فان له خلقة وهية مخالفة
للغراب في صفة وانه يدخر في المنازل لا يالف كما يالف الحمام ويطيروا ويجمع
وروي بشر بن الوليد عن ابي يوسف قال سألت ابا حنيفة عن اكل
الغراب فمن خص في غراب الزرع وكرم الغراب وسألته عن الايقع
فكرم ذلك لانه ياكل الميتة والاصل في تحريم الغراب الايقع
والعذاف ما روي هشام بن عروة عن ابيه انه سئل عن اكل
الغراب فقال من اكله بعد ما سماه رسول الله صلى الله عليه
وسلم فاستقا بعني بقوله صلى الله عليه وسلم خمس فواسق يقتلن
المحرم في الحل والحرم ولان غالب اكلها الجيف فقال ابو يوسف
وسألت ابا حنيفة عن العقق فقال لا بأس به فقلت له انه
ياكل الجيف فقال لانه يخلطه بشئ اخر فحصل من قول ابي حنيفة ان
ما يخلط لا يكره اكله بدلالة الدجاج وقال ابو يوسف يكره لان غالب
اكله الجيف قال ولم يروا بأسا باكل الارنب وذلك لما روي ان عمر سئل
عن الارنب فقال لولا ان ازيد فيه وانقص لحدثكم ولكن ادعوا من هو اعلم به مني
قال ادعوا عمار بن ياسر فقال له عمر كيف كانت حديث الارنب فقال عمار كما عند رسول
الله صلى الله عليه وسلم فاهدي له اعرابي ارنبة مشوية وقال اصحابه كلوا وذكر
حديثا طويلا عن محمد بن صفوان او صفوان بن محمد قال اصبحت ارنبين فذبحتهما
مروم وسألت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فامرني باكلها قال ابو يوسف فاما
الور فلا اعلم فلا احفظ فيه عن ابي حنيفة شيئا وهو عندى مثل الارنب وهو

٦٤
يقتل بالقول والنبت وذلك لان الاشياء على الاباحة الا ما قام دليل
خطر قال ابو يوسف في السمك والسجاب والفتك والسمور والدلة
كل شي من هذا سبع مثل الثعلب ومثل ابن عرس لا يوكل لحمه وذلك
لانه من ذوات الناب فيدخل تحت الحجر قال وكرم اصحابنا كل ما كان
في البحر الا السمك خاصة فانه حلال اكله الا ما طفا منه فانهم
كرهوه والاصل في اباحة السمك قوله صلى الله عليه وسلم احلت لنا
ميتتان ودمان وذكر السمك والجراد فاما ما سوي السمك من حيوان
البحر فيكره اكله وقال الشافعي لا يكره وله في الضفدع قولان اما قوله
تعالى او لحم خنزير فانه رجس وهو في خنزير البحر والبر وروي انه
سئل عن الضفدع بجعل شحمه في الدواهي عن قتل الضفدع وروي
انه قال خبيثة من الحبايث ولان الحيوان المتوحش في اصل خلقته في
البر والبحر فاذا كان ما يسكن البر فيه ما هو مباح وفيه ما هو محظور
فما يسكن في البحر مثله هذا اذا نسلوا الضفدع وان سلموا قسنا
عليه بقية الحيوان يعلم انه من حيوان البحر عن السمك فكان مكروها
كالضفدع واما الطافي فعندنا ان مامات من السمك بسبب حادث
اكل ومامات حثفت نفعه لم يوكل وقال الشافعي يوكل من الوجهين لنا ما روي
محمد بن المنذر عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل
الطافي وعن علي رضي الله عنه انه قال لا تتبعوا في اسواقنا الطافي

هذا من قول ابي حنيفة في السمك والجراد فاما ما سوي السمك من حيوان البحر فيكره اكله

وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ما دشم البحر فكله وما وجدته
يطغوا على الماء فلا تاكله ولانه حيوان له دم سائل فاذا مات خفف
انفه لم يוכל كحيوان البر وامامات البحر والبر ذكر الماء فقيه روا^{يتان}
احدهما انه يוכל لانه مات بسبب حادث فهو كما لو القاه الماء على اليلس
والرواية الاولى لاخرى لا يוכל لان الحرو البرد صفة الزمان وليس
من حوادث الموت في الغالب وقد قالوا في سمكة ابتلعت سمكة انها
تוכל لانها ماتت بسبب حادث وروي هشام عن محمد في السمكة اذا
كان بعضها في الماء وبعضها على الارض ان كان راسها على الارض اكلت
لانه موضع نفسها فاذا كانت خارجا من الماء لظاها وانها ماتت بسبب
وان كان راسها واكثرها في الماء لم تוכל لانه موضع حياتها فالظاهر
انها ماتت بغير سبب وان كان راسها في الماء واكثرها على الارض اكلت
لانه ليس بموضع حيوتها فعلم ان موتها بسبب قال واصناف السمك
كله عند اهل حلال الحري منه والمأرماهي وسائر اصنافه لا بأس بذلك
كله عند اهل ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم اكلت لنا ميتتان وذكر
السمك وهو عام في كل انواعه وقد روي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما
ابا الحري وليس عن غيرها خلافة واختلقوا الناس في حصر النافه
اذا خرج بعد نحرها ميتا فاجاز بعض اكله ومنع منه بعض فكان
من حضر من اصحابنا وحرمة ابو حنيفة وزفر والحسن بن زياد وقال
ابو يوسف ومحمد لا بأس باكله اذا تم خلقه واما الذي لم يتم خلقه فانه

لا يוכל وجه قولنا في حنيفة انه حيوان له دم سائل فاذا مات من غير
جرح حل فيه او انه من جنس الحيوان الذي شرط فيه الزكاة فاذا مات
من غير عرق فيه لم يוכל كالمتريفة في البير ولان ذكاة الحيوان لا يكون ذكاة
حيوان اخر كما للشائين اذا وقعنا في بئر احدهما فوق الاخرى لانه محتمل
ان يكون مات بسبب الذبح ومحتمل ان يكون مات قبل ذلك فلا حل اكله
بالشك وجه قولها قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة امه ولان
الجنين في حكم جزء من اجزاء الام بدلالة انه يدخل في بيعها ويعتق بعثتها
فيصير مديكي بذكاتها كسائر اجزائها والجواب ان المخرق قد روي ذكاة
الجنين ذكاة امه بنصب التاومعناه كذكاة امه ونصب لفرع
المعاضد كقوله تعالى ينظرون اليك نظر المغشي عليه من الموت
وهذا يدل على تساويهما في الذكاة وقد روي بالرفع ومعناه السببية
اي شبه قال الله تعالى وجنة عرضها السموات والارض فهي الخبز
ان الجنين يذكي كما يذكي الام اما اعتبار بالاجزاء فهو مفارق الاجزاء
من اوجه بدلالة انه يبقى حيا بعد ذبحها فينفرد بها بالعتق فلم
يكن ما ذكرنا من الشبهة الاجزاء اولي من الشبهة بغيرها وانما شرطنا
ان يكون كامل الخلقة لانه اذا لم يكمل خلقه فهو كالصغرة والدم
فلا يحل اكله وذكر ابو الحسن بعد هذا حديث اسن بن مالك ان رول
الله صلى الله عليه وسلم قبل له يوم خيبر اكلت الجمر او اقتتيت الجمر
فقال ان الله عز وجل ينهاكم عن لحوم الجمر فانها رجس وروي عن

النبى صلى الله عليه وسلم النهى عن اكل لحوم الابل للجلالة وعن اكل المجنة
وهي التي يري حتى تحتم ويموت اما الجلالة فهي التي لا غلب في اكلها النجاسة
فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكلها لانها تستغدر كما لطعام النتن
وروي انه نهى عن الجلالة ان يشرب البانها لان لحمها اذا تغير بغير لبنها
ونهى عن الحج عليها وان يعتمر عليها او يغزو عليها وينتفع بها فيما سوي
ذلك وهذا عندنا محمول على انها تنتن في نفسها فمنع من استعمالها
حتى لا يبادي الناس ريحها واما الدجاج فانه لم يكره اكله وان تناول
النجاسة لانه لا يغلب عليه اكلها وانما تخلصها بغيرها وقد
قيل انما لم يمنع منها لانه لا تنتن كما تنتن الابل والحكم يتعلق بهذا المعنى
وبه قال اصحابنا في جدي ارتضع بلبن خنزير حتى كبر انه لا يكره اكله
لان لحمه لا يتغير بذلك فدل على ان المانع في الجلالة انما هو التغير
دون تحريم النجاسة ولهذا قالوا اذا خلطت لم يكره لانها لا تنتن
قال ابو يوسف عن ابي حنيفة تخيس للجلالة ثلاثة ايام والجلالة
التي تاكل العذرة فاذا خلطت فليست بجلالة ولذلك قال
ابو يوسف قال هشام قلت لابي يوسف لدجاجة هل تخيس اذا
اراد ذبحها قال لا لانها تخلص وقال ابن رستم عن محمد في الناقة للجلالة
والشاة والبغير للجلال انما يكون جلالة اذا نتن وتغير ووجدت
منه رائحة منتنة فهي للجلالة حينئذ لا تشرب لبنها ولا يوكل لحمها وسعها
وهبتها جائز وكان ابو حنيفة لا يوقت في حبسها وقال لا تخيس حتى

يطيب وهو قولنا ايضا قال اما الدجاجة فلا تكون جلالة لانها لا تتغير
ولا تنتن وانما قلنا ان للجلالة اذا حبست زالت الكراهة لان التغير زال
عنها الا ترى انه يذهب في خوفها من النجاسة فاذا زال المعنى الموجب
للكراهة زال الحكم ولم يوقت ابو حنيفة في رواية محمد لان ذلك اذا وقف
على زوال النتن وجب اعتبار ذلك دون غيره وقد روت رواية ابي يوسف
بثلاثة ايام على الغالب من حالها وقد روي ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يحبس
الدجاج ثلاثة ايام وماكله وهذا عندنا على طريق التيمم فيجوز ان يكون ذهب
في هذه الرواية الى هذا الخبر **باب صفه الزكاة**
قال ابو الحسن ما اباحه الله تعالى من الانعام وغيرها من الصيد فانما اباحه
مذكي مذكورا اسم الله تعالى عليه قال الشيخ وجملته هذا ان الحيوان المشروط
فيه الزكاة على ضربين مقدور على ذبحه وغير مقدور على ذبحه فما كان
مقدورا فزكاته في محل مخصوص سواء كان من جنس الوحش او الانعام
وما لم يكن مقدورا فزكاته العقر في اي مكان حصل منه وسواء كان من
الوحش او من الانعام والاصل في تعلق الاباحة بالزكاة قوله تعالى
الاما ذكيتم فشرط في الاباحة الزكاة واما اعتبار التسمية فلان الزكاة
في الشرع وردت مشروطة بالتسمية قال الله تعالى فكلوا مما امكن
عليكم واذكروا اسم الله عليه قال والزكاة في اللبنة وما قول ذلك الى
الحسين قاله محمد في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله اسفل الحلق
او اوسطه او اعلاه وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم الزكاة في الحلق

واللثة وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ذكاة ما بين اللثة واللجين
وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وسعيد بن جبير المسيب ولان المقصود من
الذبح قطع العروق المشروطة وهذا موجود في جميع الحلق قال الذكاة قر
الاوداج والاوداج اربعة الحلقوم والمري والعرقان اللذان بينهما الحلقوم
فاذا قرى المذكي ذلك جامع فقد اكمل الذكاة المأمورة على تمامها وسنتها فان
قصر عن ذلك فقري من هذه الاربعة ثلثة فان بشرى الوليد روي عن ابي يوسف
ان ابا حنيفة قال اذا قطع اكثر الاوداج اكل اذا قطع ثلثة منها اكل من اي
جانب كان على اي وجه كان ولذلك قال ابو يوسف ثم قال ابو يوسف بعد ذلك
لا ياكل حتي يقطع الحلقوم والمري واحد العرقين ذلك كله سواء في الابل والبقر
والغنم والصيد وكل ذبيحة وكذلك الناقة تنحرها الرجل ففي ذلك في
القولين جميعا وقد كان ابو الحسن يحمل قول ابي حنيفة في الاكثر على الاكبر من كل
واحد من العروق الاربعة وظاهر ما ذكره من الرواية بخلاف ذلك وذكر
ابو الليث عن محمد انه اعتبر الاكبر من كل واحد من الاربعة وقال الشافعي
يعتبر قطع الحلقوم والمري ون العرقين وجه قول ابي حنيفة على ظاهر
الرواية انه قطع الاكبر من العروق الاربعة فصار كالو قطع الحلقوم
والمري واحد الودجين ولان الاكبر في الاكبر قد يقوم مقام الجميع والذكاة تثبت
على التوسعة فقام الاكبر من العروق مقام جميعها واما الكلام على الكافي
فلانه اذا لم يقطع احد الودجين بقي الحيوان اكر من ما المدبوح فصار
كما لو لم يقطع الحلقوم والمري وجه ما ذكره ابو الحسن انه اذا قطع الاكبر من

كل واحد فقد حصل المقصود بالذبح الا ان يذبح منه ما يخرج اذا قطع
جميعه ولان اليسير لا يجتز عنه الا نري انه يخرج منه ما يخرج اذا قطع
جميعه ولان اليسير لا يجتز عنه الا نري ان الذابح قد بقي اليسير من
العروق فلا يعتد بذلك لانه في حكم اليسير وجه قولها ان كل واحد من العروق
يقصد بقطعه غير ما يقصد بالآخر لان الحلقوم مجري النفس والمري مجري
الطعام والودجين مجري الدم فاذا قطع احد الودجين حصل بقطعه
المقصود منهما واذا انترك الحلقوم او المري لم يحصل بقطع ما سواه المقصود
منه فلذلك اختلفوا وقال ابو حنيفة السنة في الابل تنحر وفي غيرها الذبح
والاصل في ذلك قوله تعالى فضل لربك وانحر قيل في التاويل وانحر البدن
وقال تعالى الله يا مكرم ان تذبحوا بقرة وقال في الغنم وفديناه بذبح عظيم
وبدل على ان الابل تنحر والبقر والغنم تذبح لان النبي صلى الله عليه وسلم
نحر الابل وذبح البقر والغنم ولان المعتبر في الذكاة الاسهل على الحيوان
بدلالة ما روي ابو الاسعث الصعاني ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله
تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتل واذا ذبحتم
فاحسنوا الذبح وليجد احدكم شفرته و ليرح ذبيحته والاسهل في الابل
النحر لان اللثة منها ليس عليها لحم وما سواه من حلقها عليه لحم كثيف
فاما البقر والغنم فجميع حلقها على وجه واحد فلذلك لم تنحر فان قيل
روي جابر قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة
والبقرة عن سبعة قيل له ان العرب تضرر الفعل في الكلام اذا كان

في اللفظ دليل عليه الاتري في قول الشاعر
علفتها تبنا وما باردا معناه وسقيتها ما باردا فاضم الفعل كذلك
هذا معناه نحرنا البدنة وذبحنا البقرة فاضم الفعل وقال ابو حنيفة ان ذبح
ناقته اجزاه ذلك والنحر احب الي وكذلك قال ابو يوسف وقالوا ان نحر شاة اجزاه
والذبح احب الي وقال محمد بن الجاعم الصغير لا بأس باكل الجزور اذا ذبح ذكرا ولم
ينحر فان نحر الشاة او البقرة ولم يذبح فلا بأس باكلها وما احب ان يفعل هذا وقتا
مالك اذا ذبح البدن لم تخل لنا قوله صلى الله عليه وسلم انهر الدم بما شئت
وقال ما انهر الدم واقرى الاوداج فكل ولائه قطع العروق المشروطة قطعها فكانه
قطعها على الوجه المأمور به وقال ابو حنيفة ان ضرب عنق جزور بسيف
قابانها وسمي فان كان ضرها من قبل الخلقوم فانه يוכל وقد اساء وان كان ضرها
من قبل الظهر فان كان قطع الخلقوم والاداج قبل ان تموت اكل وقد اساء
وان كان ضرها من قبل الظهر فان كان قطع الخلقوم والاداج قبل ان تموت
اكل وقد اساء وكذلك هذا في الشاة وكل ذبيحة وذلك لانه اذا ضرها من قبل
الخلقوم فقد قطع العروق المشروطة في الذكاة وزاد في المهاب زيادة لا يحتاج
اليها في ذكاة فيكم ذلك ولا يمنع الاكل كما لو جرحها واما اذا ضرها من القفا
فان ماتت قبل قطع العروق لم تוכל لانها ماتت قبل الذكاة وان قطع العروق
قبل موتها فقد فعل الشرط الا انه زاد في المهاب وذلك مكروه وقال ابو حنيفة
ان قطع راس الشاة في الذبيحة اكل فان تعد ذلك فقد اساء وكذلك قال ابو يوسف
وهذا ما بينا قال وكل ذكاة احرب فاكل المذبوح بها مما ليست الذكاة بالتامة

التي ذكرت لك في اول الباب فان ذلك مكروه ان تعد بالمذكي فان كان زادا عليه
او نقص منه وذلك لان الزيادة الم لا يحتاج اليه في الذكاة فصارت كعقرها
ولهذا قالوا اذا ذبحها كره له ان يكسر عنقها قبل ان تموت وكذلك يكسر
سليها قبل ان تبرد لما في ذلك من زيادة الم واما النقصان الذي ذكره فانما
اراد به ان يتعد ترك شي من العروق لان الذكاة التامة ما استوفى بها قطع
العروق فكفر ترك بعضها **باب التسمية على الذبيحة**
قال ابو الحسن التسمية على الذبيحة عندنا فرض لا تقح الذكاة مع تعد
تركها فان ترك ذلك على وجه التسيان صح الذكاة وقال الشافعي اذا ترك
التسمية متعدا جاز الاكل وقال مالك اذا تركها ناسيا لم يוכל اما اذا تركها
متعدا فلقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله وانه لعنق ولان الذكاة
وردت في الشريعة مشروطة بالتسمية بدلالة قوله تعالى فكلوا مما امسكن
عليكم واذكروا اسم الله عليه وقال صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم اذا اكلت
كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل فان شاركه كلب خرفلا فاكل فانك انما
سميت على كلبك ولان ذبح الهدايا قربة شرع في ابتدائها ذكر الله تعالى على وجه
المخالفة للمشركين فكان ذلك شرطا كشرط الصلاة ولان المسلمين اشكل عليهم
جواز الاكل عند ترك التسمية ناسيا فسا لوال النبي صلى الله عليه وسلم
عن ذلك ولو كان الترك بكل حال يمنع من الاكل لتبين ذلك لهم في الجواب
ولم يمسك عن بيان الاشكال واما الكلام على مالك فلما روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن نسي التسمية على الذبيحة فقالت

صلى الله عليه وسلم اسم الله على لسان كل مسلم ولا راسي غير مخاطب ما سبه
فلم ترك فرضا عليه عند الذبح فكذلك جاز الاكل وليس هذا كنسيان
تكبير الصلاة لان الاذكار في الصلاة ادخل منها في التسمية بدلالة
انها تجب ابتداء وتوافق ذلك جاز ان يستوي فيها النسيان والحد وليس
نسيان التسمية كنسيان بعض العروق لان التسمية وضعت لمخالفة
الكفار والذبح وضع لاراقة الدم ويختلف حكم نفس الشيء واركانه وما
جعل شرطا فيه قال كذلك الكافي اذا ترك التسمية عامدا لم تؤكل ذبيحته
مع تعذر ترك التسمية فلان لا يجوز ذلك في الكافي اولى وقال بشر عن ابي
يوسف فبمن حضر ذبيحة الذي فان ترك التسمية لم تؤكل وان كان غاب
عن ذلك اكل لانه اذا غاب عنه فالظاهر انه لا يترك التسمية فوجب
حسن الظن به كالمسلم وكذلك روي الحسن بن زياد عن ابي حنيفة وقال
لا تأكل ذبيحة الكافي اذا تعذر ترك التسمية والتسمية مع الجرد كذلك
وذلك لان الجرد هو الذبح والتسمية من شرط الذبح قال بشر عن ابي يوسف
لو ان رجلا اضجع شاة ليدبحها وسمى ثم بداله فارسلها واضجع اخرى
فدبحها بتلك التسمية الاولى لم يحز ذلك ولا يؤكل هذا قد ترك التسمية
منعدا ولوري صيدا وسمى فاخطاه واصاب اخر فقتله فلا بأس باكله
لان التسمية في الرمي على ارسال النشابة والسهم وليس على الاصابة
تسمية ولو كان التسمية على الاصابة لم يحز تسمية ارسال وكان
اذا اراد ان يرمي الصيد يسمي اذا وقعت للنشابة وكذلك اذا ارسل

٦٧
كلها فانما التسمية على ارسال الميسر على اخذ ولا بأس باكله ولو اخذ غير
الذي ارسل عليه والتسمية على الذبحة على الجر نفسه ليس على اخذ
السكين فاذا ترك التسمية عمدا على الجر لم يؤكل وهذا فرق صحيح لان الذبح
في المقدور يتمكن فيه من التسمية عند الجر فلا معنى لتقدمها واما غير
المقدور فلا يتمكن من التسمية عند الاصابة وعند اخذ الجارحة
فاعتبرت التسمية عند الرمي وعند ارسال الذي هو من فعل المكلف
وصار ذلك الفعل منه كالجر في المقدور على هذا المعنى انه يقدر ان
يسمي على ذبيحة بعينها فلزمه تعيين التسمية لكل ذبيحة ولا يقدر
على تعيين التسمية في الصيد لان الكلب قد يرسل على صيد فيأخذ غيره
فلذلك سقط التعيين في الصيد ووجب في المقدور قال ولو ان رجلا ذبح
شاة وسمى ثم ذبح اخرى فظن ان التسمية الاولى تجزي عنها لم تؤكل ولا بد
من ان يحدث لكل ذبيحة تسمية ولوري بسهم فقتل به من الصيد
اثنين فلا بأس بذلك وكذلك كلب ارسل وسمى فقتل من الصيد اثنين
فلا بأس بذلك وذلك لان الذبح مجرد فيه الفعل عند كل ذبيحة فذلك
يجب بجدي التسمية فاما الرمي والارسال فهو فعل واحد وان كان يقدر
الى مفعولين فاجزى فيه تسمية واحدة وصار نظير الصيد من الذبح
او يصحح شاتين ويهر السكين عليهما معا فيجزي في ذلك تسمية واحدة
فان قيل ظنه ان التسمية على الشاة الاولى تجزي عن الثانية عذر لنسيان
التسمية قيل له حكم الجهل مفارق حكم النسيان بدلالة ان من جهل

ان الاكل يغطر الصائم فاكل بطل صومه ولو نسي الصوم فاكل لم يبطل قال
 ولو نظر الى جماعة من الصيد فرمى وسمي وتعد الكل ولم يتعد واحدا بعينه
 فاصاب منها صيدا فقتله فلا بأس باكله وكذلك الكلب والباري
 والفهد ولو ان رجلا نظرا الى غنم فقال بسم الله ثم اخذ واحدة فاصبحها
 وفتحها وترك التسمية وظن ان تلك التسمية تجزيه فلا ياكل من قبل انه
 لم يسم على الجرو ليست التسمية على النظر وانما التسمية على الذبح نفسه
 وذلك لان تعيين الذبحة بالتسمية غير متعذر فكان ذلك شرطا
 وتعيين الصيد بالارسال متعذر فلم يكن ذلك شرطا ولان الذي يملك
 من الفعل في الارسال انما هو الارسال والري فاعتبرت التسمية عند
 ما يملك وفي المعلوم تلك الذبح والجرفا اعتبرت التسمية على ذلك
 قال ولو ان رجلا ارسل كلبا وترك التسمية متعذرا فلما مضى الكلب في
 تتبع الصيد سمي وزجر فاخذا الصيد فقتله لم ياكل ان تزجر وان لم
 ينزجر لا تاكل في كل واحد من الوجهين ان ابتدا الارسال كان بغير تسمية
 فلم تعمل التسمية بعد ذلك ولو كان الكلب يتبع الصيد من غير ان يرسله
 مرسل ثم زجر وسمي فان ان تزجر فاخذا الصيد فقتله اكل وان لم ينزجر
 لم ياكله وذلك لانه لما ارسل الكلب ولم يسم فقد تعلق بالارسال حكم الخطر
 وهو فعل احري مجرى الذبح فاذا زجر بعد ذلك فانزجر صار كالذبح بغير
 تسمية اذا اعاد امرارا سكن فيه ويسمى على هذا اذا ارسل المجوسى كلبا
 فزجره مسلم فانزجر واما اذا ارسل الكلب بنفسه فلم يوجد فعل يتعلق

به حكم الاتريان فغلا يوصف بالخطر والاباحة وانما لا يוכל ما
 قتله الكلب من غير ارسال لان فعله غير معتد به فكان الحيوان مات
 حنيفا نفعه فاذا لم يوجد فعل يتعلق الحكم به حتى زجره مسلم وسمي فانزجر
 تعلق الحكم بالزجر لما لم يتقدم ما يتعلق به حكم وصار ذلك كابتداء الارسال
 منه وليس كذلك اذا لم ينزجر لان فعل الادبي لم يوشرفه فصار كانه لم
 ينزجر قال ابو يوسف ولو ان رجلا ارسل كلبا على صيد وسمي فاحذ فشق
 بطنه واخرج ما فيه ولم ياكل فادركه الرجل وبه رمق فليس عليه ان
 يذكيه وهذا قد ذكاه الكلب وفرغ منه وكذلك لو حراه باثنين واخرج
 ما في بطنه فهذا بمنزلة الذبحة ولا يذكي وذلك لانه اذا بلغ الى هذه
 الحال لم يبق فيه حيوة مستقرة فلم يعتد بها وصار كالمذبوح اذا اضطرب
 وكان اصحابنا يقولون هذا الجواب على اصل ابى يوسف فاما على قول ابى
 حنيفة فيجيب ان يذبحه بكل حال فان لم يذبحه لم يוכל لان الحيوة التي ليست
 بمستقرة عنده في باب الذكاة كالمستقرة الاتري انه قال في المتردية اذا دفنت
 وفيها رمق اكلت وقال ابو يوسف ان كانت تبقى اكثر من نصف اكلت والا لم
 تוכל وقال ان كانت تبقى قد اضطراب المذبوح لم يוכל وان بقيت اكثر
 من ذلك اكلت قالوا فلهذه المسئلة حبان تكون على ذلك الاصل فجعلها
 كالميتة لم يوجب ذكاتها ومن جعلها كالحية اوجب ذكاتها قال وكل شاة
 دفنت فاضطربت فوقع من فوق بيت فماتت او وقعت في ما فلا بأس باكلها
 وذلك لان الذبح ذكاة مستقرة غير موفوفة على شرط مستقبل فلا يعتد

بما يحصل بعد ذلك من الوقوع والفرق وليس هذا كالصيد اذا رماه بهم
فوقع في ما او على حجر لان جرح السهم ليس بدكاة مستقرة بدلالة انه
لو ادركه وجرحه فاذا حصل بسبب من اسباب التلف يجوز ان
يكون الموت منه حرم اكله وقال علي بن الجعد عن ابي يوسف اذا ذبح
الرجل الشاة وسمي وفري الاوداج وانهر الدم واستقبل القبلة
اولم يستقبل القبلة فلا بأس باكلها وهذه ذبيحة غير انه قد أسأ
في تركه استقبال القبلة وذلك لما روي حسن عن علي انه كان اذا ذبح
استقبل القبلة وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يستحب ان
يوجه بالذبيحة الى القبلة وعن الشعبي قال كانوا يستحبون ان
يستقبلوا بالذبيحة الى القبلة ولان المشركون كانوا يستقبلون
بذبا يحكم الاوتان فاستحبوا مخالفتهم واستقبال وجه القبلة
التي هي جهة الرعية الى الله تعالى واما جواز الاكل اذا تدل ذلك فلقوله
صلى الله عليه وسلم انهر الدم بما شئت ولا ورا انهر الدم وافري الاوداج
فكل قال وان ترك التسمية عهدا لم يركل فان تركها ناسيا اكل وهذا فديناه
وقد اختلفت الصحابة في النسيان فقال علي وابن عباس رضي الله عنهما
اذا ترك التسمية ناسيا اكل وقال ابن عمر رضي الله عنهما لا يوكل ولا خلا
في النسيان يدل على اتفاقهم في العهد وليس حكم التسمية عندهم
كاستقبال القبلة لان التسمية مقصودة في الدكاة منصوص
عليها والاستقبال غير منصوص عليه فكان حكم التسمية اقوي

وقال

وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة اذا جوزت فلا تقل اللهم تقبل عن
فلان حرد التسمية مع الجرف اذا فرغت فادع بالتقبيل وروي
ذلك ابو يوسف عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم ولذلك قال
ابو يوسف ادع بالتقبيل قبل الذبح ان شئت وبعد وذلك لقوله
تعالى فلا تدعوا مع الله احدا وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه
انه قال جردوا التسمية ولان المشركين كانوا يذكرون مع اسم الله
تعالى غيره فالواجب مخالفتهم والذي روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
ضحى بكبشين احدهما عن نفسه والاخر عن امته فيجوز ان يكون
قال ذلك قبل الذبح او بعد قال بشر عن ابي يوسف لو ان رجلا سمي
عليه الذبيحة او الرمية بالفارسية وهو يحسن العربية او لا يحسن
فانه اجزاه عن التسمية لقوله تعالى واذكروا اسم الله عليه ولم يفتل
وهذا ظاهر على قول ابي حنيفة في اعتبار المعنى في التكبير فاستوي
العجمي والعربي فيه فاما علي قولها فلا يجوز التكبير بالفارسية لم يحسن
العربية وتجاوز التسمية لان حكم التسمية اضعف ولهذا اختلف
فيها النسيان والعهد ويستوي في التكبير وقال ابو حنيفة لو ان
رجلا ذبح شاة فقال اللهم اغفر لي او فعل ذلك في رمية صيدا
او ارسل كلبا على صيد فلا يكون هذا بمنزلة التسمية ولا تاكل
وذلك لان المقصود ذكر اسم الله على طريقه النظيم والدعا
لا يقصد به التعظيم المحض فلا يكون تسمية وقال بشر عن

ابي يوسف اذا ربي صيدا فذكر الله عند الرمية بتهيل او تكبير او تسبيح
او تجيد فهو مثل التسمية وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف قال
والتهليل والتجيد والتكبير والتسبيح بمنزلة التسمية للجاهل فالسنة
والعارف بها وذلك لان المأثور به ذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم وهذا
موجود في جميع هذه الالفاظ وهذا ظاهر على اصل ابي حنيفة وتحميد
في تكبيرة الصلاة فاما على قول ابي يوسف فلا يجوز الدخول في الصلاة
الا بالتكبير لقوله صلى الله عليه وسلم في حديثه لا اعرابي ثم يكبر وقال في الزكاة
اذا ارسلت كلبك وذكر اسم الله تعالى فكل وقال في الاصل اطلقت الرجل
بذبح الشايز وثلاثة يسمى على الاول منها ويدع التسمية على غير ذلك عمدا
قال ياكل الشاة التي سمي عليها ولا ياكل ما سوي ذلك وقد بينا هذه
المسئلة قلت ارايت رجلا اصبح شاة لبيذحها وسمي ثم القي السكين
واخذ اخري فذبح بها هل يوكل قال نعم وذلك لان التسمية في الذبح انما
تقع على المذبوح دون الالة والمذبوح واحد فلا معتبر باختلاف
الالة وليس هذا كمن سمي على سهم ثم رضي بغيره انه لا يوكل لان التسمية
في الرمي لا تقع على المرمي وانما تقع على السهم والتسمية على احد السهمين
لبست بتسمية على الاخر قلت ارايت رجلا اصبح شاة لبيذحها وسمي
عليها فكلمه انسان واستغنى ما فشرى واحدا السكين قليلا ولم يكبر ثم ذبح
على تلك التسمية هل يوكل قال نعم لا بأس به قلت ارايت ان تخذل واطال
الحديث واخذ في عمل سوي ذلك ثم ذبح هل يوكل قال لا اما هذا فاكروه

وذلك انه اذا لم يطل ما بين التسمية والجرح يعتد بالعمل لان ذلك القدر
لا يحتكر زعنه فكانه يسمى في الجرح ولو اطال العمل انفصلت التسمية
على الجرح فكانه سمي في يوم وذبح في يوم قلت ارايت رجلا ذبح فقال
الحمد لله على ذبيحته ولم يزد على هذا هل يوكل قال نعم قلت وكذلك
لو قال سبحان الله والله اكبر يريد التسمية بذلك كله قال نعم
هذا كله تسمية ولا بأس باكلها قلت وكذلك كل شيء ذكر من اسمها
الله على ذبيحته يريد التسمية هل يوكل قال نعم وذلك لان التسمية
لما كانت شرطا في الذبح اعتبر وجودها مع القصد اليها كذكر الله
تعالى في ابتداء الصلاة قال فان قال الحمد لله يريد ان يحمد ولا يريد به
التسمية هل يوكل ذلك قال لا وذلك لان حمد الله تعالى يذكر على وجه
التسمية وقد يذكر شكر النعمة سابقة فاذا اراد به عن التسمية لم يقع
عنها **باب ما يكره فعله بالذبيحة قبل الذبح وبعد**
قال ابو الحسن واذا اراد الرجل ان يذبح الذبيحة كره ان يجرها برجلها
الى المذبح وذلك لانه زيادة لم يحتاج اليه في الزكاة قال ويكره ان يضجعها
وتحدر الشفرة قال لقد اردت ان نميتها مئينات الاحد منها قبل ان
تضجعها وروي ان عمر راي رجلا قد اصبح شاة ونزل رجله على صفحتها
ووجهها وهو تحدر الشفرة فضربه بالدرق فهرب وشردت الشاة فقال
عمر هل لاحد منها قبل ان تضع رجلك موضع وضعتها ولان البهائم
تحسن بما تجزع به فاذا احدا الشفرة وقد اضجعها فقد زاد في المهاد ذلك

لا يجوز ويكره اذا ذبحها ان يبلغ النخاع وهو العرق الابيض الذي في عظم
الرقبة ويكره له بعد الذبح ان يتخمر قبل ان تبرد فيخرج حتى يبلغ النخاع
ويكره له ان يحز في العظم ويكره له ان يسلخ الشاة قبل ان تبرد وذلك
لان هذا زيادة في المأكل يحتاج اليه في الذكاة وقد روي ابو الاشعث
الصبعاني عن سدا بن اوس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله
تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتل واذ ذبحتم
فاحسنوا الذبحة ولحد احدكم شفرته وليرج ذبيحته قال فان
نخع او سلخ قبل ان تبرد فلا بأس بذلك لانه لا يوجد منه الم فصار كتفصيلها
قال وهذا كله لا يحرم الذبحة فايكم قبل الذبح وجده لان النهي عن
ذلك ليس لعني في نفس المنهي وانما هو لما يلحق بالحيوان من الضرر والنهي
في غير المنهي لا تفيد الفساد **باب ما يكره اكله من الشاة**
روي الاوزاعي عن واصل بن ابي حمزة عن مجاهد قال كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم من الشاة والقبل والغدد والمران والمثانة والدم قال ابو خنيفة
الدم حرام واكره اسسه وذلك لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم فلما
تناول النضر الدم قطع تخويه وذكر ما سواه لانه ما استحسنه الانفس
ويكرهه وهذا المعنى سبب للكراهة لقوله تعالى يحرم عليكم الخبايا
وروي ان ابن عمر سئل عن القنفذ فتلى قل لا اجد فيها اوجي الى محرما على طاعم
يطعمه الاباء فقال شيخ عنده سمعت ابا هريرة يقول ذكر القنفذ عند
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خبيثة من الخبايا فقال ابن عمر ان كان

رسول الله قاله فهو كما قال **باب ما يذكي به**
قال الشيخ اصل هذا الباب ان الالة على ضربين فالالة التي تقطع على ضربين
حاده وكالة فالحادة يجوز الذبح بها حديد كات او غير حديد ولا يكره
والكالة يكره الذبح بها حديد كات او غير حديد والاصل في جواز
الذبح بغير الحديد ما روي عن عدي بن حاتم قال قلت يا رسول الله
ارايتم احدا ناصبا صيدا وليس معه سكين ايدخ بمروء او بشقه
العصي قال انهر الدم بما شئت واذكر اسم الله تعالى وروي ان جارية
لكعب بن مالك ذبحت شاة مروة قال كعب سألت رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن ذلك فامر باكلها ولان الحديد لا يتعلق الحكم بجنسه
وانما يتعلق حكمه بدلالة ان الحديد ليس بمحدد لا يجوز الذبح به فاذا
وجد الحديد في المروة واللبطة جاز بهما واما الكال من الالة اذا كان
يقطع فانما يكره اذا كان لما فيه من تعذيب الحيوان ولان النبي صلى الله عليه وسلم
امر بتحديد الشفة وراحه الذبحة وقد قال اصحابنا انه اذا ذبح بظفر
منزوع او سن منزوع جاز الذبح بهما ويكره وقال الشافعي لا يجوز لنا ان
اله صرف كما صرف في المروة واللبطة فاذا جاز الذبح بهما باحداها جاز بالآخر
فاما قوله صلى الله عليه وسلم انهر الدم بما شئت الا ما كان من سن او ظفر فان الظفر
مدي الحبشة والسن عظم من الانسان فانما اود بذلك السن القايم والظفر
القايم بدلالة ان الحبشة كانت تفعل ذلك اظهارا للمجلد وبدلالة انه روي في
بعض الاخبار انه قال لا ما كان قرض سن او حز بظفر والقرض انما يكون بالسن

القيام واما القسم الثاني وهو الذي يتردد بفسخ وهو السن القيام والظفر
 القيام فاذا ذبح به كان ميتة للخبر ولانه لا يمكنه التصرف فيه كما يتصرف في الالة
 وانما يعتد عليه ففسخ ويفسخ فلا يحل اكله وقد كان الشيخ ابو عبد الله
 الدم اذا طال للظفر فاخذ انسان بيد صاحبه فذبح به وامر به كايبر السكين
 فقال يجوز ذلك **باب من توكل ذبيحة او لا توكل**
 قال ابو الحسن ولا تقص الذكاة الا من مسلم او كتابي يعقلان الذبيحة ولا يترك
 التسمية عدا او المسلم والكتابي فيما يصح به الذكاة سواء اذ ذكاة المسلم فلا خلاف
 في جوازها واما الكتابي فلقله تعالى وطعام الذين اتوا الكتاب حل لكم ولا يجوز
 ان يحل على غير الذبايح لانه لو كان كذلك لم يحضر باهل الكتاب ولانه يوم من بكتاب
 من كتب الله تعالى كالمسلم وتخل منا كحنته كالمسلم فان كان الذابح كافرا من غير
 اهل الكتاب لم توكل ذبيحته كايضا من كان او ما كان دينه واي شيء عبد وذلك
 لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ومن ليس بكتابي لا يذكر اسم الله
 ولان الاباحة مأخوذة من الشرع وقد وصى مختصة باهل الكتاب فمن سواهم
 على اصل الخطر قال وكذلك المرتد عن الاسلام لا توكل ذبيحته الى اي دين ارتد
 لانه لا يقر على الدين الذي انتقل اليه فصار كالوثني الذي لا يقر على دينه قال
 وان ارتد الكافر الى دين غير دين اهل الكتاب لم توكل ذبيحته لان المسلم
 لو انتقل الى هذا الدين لم توكل ذبيحته فالكتابي اولى وان ارتد غير الكتابي
 الى دين اهل الكتاب اكلت ذبيحته ينظر الى حاله ودينه في حال ذبحه دون
 ما سواه وهذا على اصلنا ان من انتقل من ملة الكفر الى ملة اقر عليها فصار

باب من توكل ذبيحة او لا توكل

كانه من اهلها في الاصل قال ولا توكل عند ما ذبحه المحرم في الحل من الصيد ولا ما
 ذبحه في الحرم سواء لان الله تعالى سمي فعل المحرم قتلا وذلك في الشريعة عبارة
 عما لا يحل اكله بدلالة قوله صلى الله عليه وسلم خمس يقتلن المحرم في الحل والحرم
 ولانه ممنوع من الذبح لمعني فيه من جهة الدين فصار كاللجوسي قال ولا توكل
 ما ذبحه الحلال من الصيد في الحرم وذلك لانه منهي عن ذبحه نحو الله تعالى كما منع
 الحرم في حال الاحرام فيما سواه وما ذبح كل واحد منهما من غير الصيد فاكله
 جائز لانه غير ممنوع من ذبحه فصار كاللحلال قال ومن ذبح وهو لا يعقل
 التسمية ولا الذبيحة ولا يضبط الذبح لم توكل ذبيحته شرط ذلك من
 الاصل قال قلت ارايت الصبي يذبح ويسمي هل توكل ذبيحته قال ان كان
 يضبط الذبح ويعقل التسمية والذبيحة فلا بأس به قال ابو الحسن
 وكذلك المجنون يذبح في حال جنونه او السكران لان من لا يعقل التسمية
 فذكره لها كذا ذكر غيرها فكان ذبحه بغير تسمية قال ويجوز ذبايح الصابين
 عند ابي حنيفة وهم اهل كتاب وهم فرقة من النصاري عندك وليس يريد
 الضرب الا حرس من الصابين الذين لا يؤمنون بعيسي ولا يقررون بنبوته
 ولهم شرع اخر غير ما النصاري عليه فهو لا توكل ذبيحتهم وهم عندي هكذا
 ولم ار هذا التفصيل عن ابي حنيفة الا ان الحكاية عنه انهم اهل كتاب وهذه
 المسئلة قد بيناها في النكاح لانه لا خلاف فيها وانما اجاب ابو حنيفة على من
 يؤمن بنبي وكتاب ويعظم الكواكب كتعظيم المسلم القبيلة وهما حلال الامر على
 من يعظم الكواكب تعظيم عباده فهو عابد وثن فلا يجوز اكل ذبيحته وقال

هذه الفرقة مشكلة لانهم يتدينون بكتمان اعتقادهم فلا يعرف حالهم فاما
 حل ابي الحسن لقول ابي حنيفة على صابي يوم من عبيسي فهو امر لا يعرف فيهم وانما
 يومنون بادريس ويعظمونه دون غيره من الانبياء قال ولا بأس بالآخر
 المسلم والكافي وذلك لانه من اهل الذكاة وعجن عن التسمية لا يمنع من صحة
 ذكاته كما ان عجن عن التكبير لا يمنع من صحة صلاته قال ولا بأس بذيابج
 النصاري بنى ثعلب الفلاحين وغيرهم وذلك لانهم على دين النصاري وان لم
 يتمسكوا بكل شرائعهم فصاروا كالنصارى الاصليين اذ لم يتمسكوا
 ببعض الشرائع ولا بأس بذيابج اهل الكتاب من اهل الحرب لقوله تعالى
 وطعام الذرأوتوا الكتاب حل لكم ولانهم يومنون بالكتاب وانما حرمهم معصية
 منهم وذلك لا يؤثر في الذبح كمعصية المسلمين قال ومن كان من الصبيان
 له ابوان احدهما كافي والاخر غير كافي فذبح الصبي وهو يعقل ما شرطنا
 اكلت ذبيحته ايها كان الكافي الام او الاب وقال مالك اعتبر الاب وقال
 الشافعي لا توكل ذبيحته لنا ان احدا بويه توكل ذبيحته فكان الولد في حكمه
 كما لو كان مسلما قال واذا ذبح النصاري واهل على ذبيحته بغير الله وسمع
 كلامه لم توكل ذبيحته روى ذلك علي وهو قول اصحابنا وذلك لقوله تعالى
 وما اهل به لغير الله ولانه اذا ذكر اسم غير الله تعالى ترك التسمية عامدا
 فلا يجوز اكل ذبيحته ثم كتاب الذبايح بحمد الله ومنته اللهم اعقر لكائنه
كتاب الصيد
 قال ابو الحسن قد ذكرنا فيما تقدم من كتابنا هذا الاي التي اباح الله تعالى فيها

٧٢
 الاصطياد وما اباح من اكل الصيد وما حرم وما كان مما اباح من ذلك من صيد البر
 مما له دم مسفوح فمات قبل ان يقدر على ذكاته باخذ الجوارح له او برمي الصايد
 او غير ذلك من فعله فانما اباح على شرايط نذكرها ان شاء الله تعالى قال الشيخ وجملة
 هذا ان الاصطياد بالجوارح والسهام والالات مباح لقوله تعالى وما علمتم
 من الجوارح مكليين وقوله صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم
 الله فكل واذا رميت بسهمك وذكرت اسم الله تعالى فكل والاصطياد مباح فيما
 يحل اكله وما لا يحل اكله فالحل اكله فصيد للاكل وما لا يحل اكله فصيد لغرض
 اخر اما للانتفاع بجلده او بشعره او لدفع اذيته والشرائط التي تستباح بها صيد
 الجوارح سبعة شرايط ان يصاد المعلم ويكون ذاجارحة غير محرم العين والارسال
 من مسلم او كافي يعقل الارسال والتسمية في حال الارسال اذا كان ذاكرا لها
 وان يجرحه الكلب والبازي وان يلحقه المرسل او من يقوم مقامه قبل انقطاع
 الطلب والبوازي عنه اذا لم يدرك ذبحه اما كون الجوارح معلما فلقوله تعالى تغلون
 مما علمكم الله وقوله صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى
 فكل وان شاركه كلب اخر فلا تاكل فلعلم ذلك الكلب قتله فجعل جوارحه قتل غير المعلم سببا
 للحظر فاذا لم يكن المعلم محرما واما كون الالة من الجوارح اما بناب او مخلب
 ولقوله تعالى وما علمتم من الجوارح قيل في التاويل الجوارح التي تجرح وقيل
 الجوارح الكراسب ومنه قوله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار ويمكن حملها على معنى واحد
 لان الجراح هو الذي معه انه يكسب بها وحمل الالية على ما له جارحة اولى لانه هو
 الذي يكسب وهو ظاهر اللفظ فكان حمله على اولى واما الارسال فلان النبي صلى الله

قال اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل فذكر الارسل
ولان الارسل قد جعل بمنزلة الذكاة ولهذا يعتبر عند التسمية فلا
بد من وجوده واما كون المرسل من اهل الذكاة وهو ان يكون مسلما
او كتابيا يعقل الارسل ويعرفه لان الارسل بمنزلة الذبح فلهذا
نعتبر فيه التسمية فلا بد من شرائط الذابح واما التسمية في
الارسل للذاكر فلقوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه
وقد اجمعوا ان التسمية تختص بالارسل وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا
ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل واما اعتبار الذكاة لان الارسل
اذا كان كالذبح شرط فيه التسمية مع الذكود والنسيان على ما بيناه في الذبح
واما الجرح ففي الرواية المشهورة ان الكلب والباري اذا لم يخرج لم يحل الاكل
وقد روي عن ابي حنيفة وابي يوسف ان الكلب والباري اذا خنقه اكل والليل
على اعتبار الجرح قوله صلى الله عليه وسلم في صيد المعراض اذا حرق فكل وان اصابه
عرضة فلا تاكل وانه قيد ولان الكلب اذا خنق الصيد دخل في عموم قوله تعالى
والمختنقة والموقودة وجه الرواية الاخرى ان الكلب قد يتوصل الى اخذ الصيد
بالجرح وقد يتوصل بغيره فصار ذلك موسعا فيه كالجرح في غير موضع الذبح
واما اعتبار الحاقه قبل ان يتوكل في او ينقطع الكلب فلقوله صلى الله عليه وسلم
لعدي بن حاتم حين ساله عن الرمية اذا وجدها بعد يوم او يومين فقال اذا
وجدتها وفيها سهمك وعلقت ان سهمك قتلها فكل ومتى توارى عنه وانقطع الكلب
فهو لا يعلم انها ماتت من سهمه وقد روي عن ابن عباس انه قال كل ما اصميت ودع

ما انبئت قال ابو يوسف الذي اصي مامات في الحال وهو شاهد والذي اني ما غاب
عنه مات ولانه اذا تعد عن طلبه جاز ان يكون لو طلبه لادره حيا فخرج
الجرح من ان يكون ذكاة وليس كذلك اذا لم يقعد عن طلبه لانه لم يدركه حيا
فبقي الجرح ذكاة له قال ابو الحسن وما صيد منه فاخذ حيا فذكاته كذكاة الانعام
سواء في فري الاوداج والتسمية وليغفر المذكي وذلك لان الذكاة انما سقطت
للعذر فاذا اخذ حيا فقد قدر عليها فسقط حكم البدل عنها قال واما شرائط
مامات من الصيد قبل ان يقدر على ذكاته فهو ما قال الله تعالى في كتابه يسالونك
ما اذا احل لهم قتل احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح الى قوله فكلوا مما
امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه فشرط عز وجل ان يكون ما صيد به
من الجوارح معلما وان يكون ممسكا علينا والامساك علينا ان لا ناكل من الصيد
ونمسكه على صاحبه هذا مما كان من الجوارح يعلم ترك الاكل بان يزجر عنه
ويضرب عليه فاذا اكل فلا يكون معلما حتى يكون كذلك وهذا في ذوات الناب
فاما ذوات المخلب فان تعليمه ان يدعي فيستجيب ويتبع الصيد فيها خذ وان
اكل منه فلا بأس باكل ما صاد اما قوله تعالى مكلبين بالكسر فهو صفة الصايد
وقوله مكلبين صفة الجراح واما الامساك علينا فهو شرط عندنا في صيد
ذوات الناب فاذا اكلت من الصيد لم يوكل وقال مالك يوكل وهو احد قولي
الثاني لنا قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم ومتى اكل الكلب فانما امسك
على نفسه وقال صلى الله عليه وسلم في حديث عدي بن حاتم وان اكل منه فلا تاكل
منه فانما امسك على نفسه ولان الكلب يعلم ترك الاكل فاكله يدل على عدم

التعلم وشرط الاباحة كون الجارح معلما واما البازي والصفرا فلا اكل
من صيده فانه يوكل وقال الشافعي في احد قوليه لا يوكل لما روي
عن ابن عباس انه قال في الكلب اذا اكل من الصيد لم يوكل وفي البازي
اذا اكل منه اكل ولاز البازي لا يمكن تعليمه بترك الاكل لان الاكل من
طباع البهائم وانما يعلم الكلب ذلك بالضرب فينتهي عن الاكل والباز
اذا ضرب مات او هرب فلم يمكن تعليمه ذلك فسقط اعتباره ولا ت
التعليم يرجع فيه الى العادة وفي العادة ان الكلب يُعلم بترك الاكل
والبازي يعلم باز يضرا على الاكل ولانه حيوان طاهر السور فاكله من
صيد لا يوشرك في تحريمه كالادمي وقد قال اصحابنا في الكلب اذا جرح
الصيد فوقع في دمه اكل لانه قد امسك لصيده على صاحبه وانما
ولغ في الدم وذلك لا يتعلق به حق الصايد فالاكل منه كالاكل من صيد
اخر وذكر حديث عدي بن حاتم قال سألت رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقلت له اني اصيد بكلابي المعلمة فيمسكن علي افاكل قال اذا
ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله وامسكن عليك فكل قال
فقلت وان قتلن قال وان قتلن ما لم يشركها كلب اخر ليس منها
قال قلت اني ارمي بالمعراض فاصيب افاكل قال اذا رميت بالمعراض
 وذكرت اسم الله تعالى فخرق فكل وان اصبحت بعرضه فلا تاكل
وهذا الحديث قد دل على جواز الصيد الكلب واعتبار التعليم
والتسمية والامساك عن الاكل وان شاركه كلب غيره او ارسله

مرسل يوجب التحريم لاجتماع سبب الخطر والاباحة وان السهم اذا
جرح اكل وان لم يجرح لم يوكل ودل على تحريمها رمي بالبندق والحجر
والخشب اذا قتل لم يجرح ودل على اعتبار التسمية عند الرمي وذكر
في حديث عدي بن حاتم قال قلت يا رسول الله انا قوم نصيده بهذه
الكلاب فقال اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل فما
امسكن عليك وان قتل الا ان ياكل فاذا اكل فلا تاكل فاني اخاف ان
ان يكون امسك على نفسه وان خلطها كلاب غيرها فلا تاكل وهذا الخبر
قد دل على ما دل عليه الاول وعلى ان اكل الكلب يمنع من اكل
الصيد وانه يدل على ترك التعليم لانه قال فاني اخاف ان يكون
امسك على نفسه وذكر في حديث الشعبي عن عدي بن حاتم ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال له فاذا رميت بسهمك وذكرت اسم
الله تعالى فوجدته من الغد ولم تجده في ما وليس في اثر غير سهمك
فكل وهذا يدل على ان المرمي اذا وقع في الماء لم يوكل لجواز ان يكون مات في
الماء ولم يمت من الرمي فاما اذا وجد من الغد فهو محمول عندنا على
انه لم يقعد عن طلبه قال ابو الحسن بعد تفسير هذه الاخبار
وما ثبت لك انه لا يوكل او يوكل فهو مامات من فغل الخارج او فغل
الصايد فاما ما قدر عليه حيا فهو لا يوكل من الوجهين جميعا حتى
يذكي فاذا ذكي حل ذلك اجمع لقول الله تعالى والمتخنة والموقودة
والمرتدية والنطيحة وما اكل السبع الا ما ذكيت فاما ادرك من

هذا وفيه حياة بينة كانت فيه او خفية بعد ان يعلم انه حي فذكر في كل
 في قول اصحابنا جميعا فلا يعتبر كيف كان حالها بعد ان يكون فيها
 حيوة وموقيد في قايها يوكل والكلام في هذا اولا يقع في فصل
 وهو انه اذا وقع رعي الصيد فمات قبل ان يقدر رعي ذبحه لضيق
 الوقت لم يوكل عندنا وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل يوكل استخسا
 وبه قال السافعي وجه قولهم انه لما سب يد على الصيد زال
 معني الامتناع وبطل حكم الجرح وصارت كالشاة اذا ادركها
 وقد مرضت فماتت في وقت لا يسع لذبحها لم يوكل وجه الامتحان
 وهو اختيار ابن زياد ان الذبح هو الاصل والجرح بدل عنه والبدل
 انما يسقط حكمه بالتكمن من استعمال الاصل فاذا ثبتت يد على الصيد
 في وقت لا يقدر رعي ذبحه لم يثبت حكم الاصل في حقه فبقي حكم البدل
 وقد قال اصحابنا اذا في الصيد اذا ادركه فلم ياخذ فان كان في وقت
 لو اخذه امكنه ذبحه فلم ياخذ لم يوكل لانه صار في حكمه المقدور ^{عليه}
 وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان يده لم تسب عليه ولم يتمكن من ذبحه
 فاما قول ابي الحسن فاذا ذكي حلي في قولنا اصحابنا جميعا فهو صحيح
 لانه ان كان فيه حيوة مستقرة فقد خرج الجرح من ان يكون
 ذكاة وصارت ذكاة الذبح فاذا ذبحه حل فان لم يكن فيه حياة مستقرة
 فعند ابي حنيفة ذكاته الذبح وقد ذبحه وعلي قولها لا يحتاج الى الذبح
 وهو مذكي بالجرح فالذبح بعد ذلك لا يضر قال وكذلك ما جرحه ذيب

او سب فان كان الجرح الذي به لا يعيش من مثله الا قدر ما يعيش
 المذبوح فذكاه لم ياكله وان كان يعيش من مثله لوبقي يوما او يومين
 فهو مثل الوقيد والمتردى وهذا على ما قدمنا من الخلاف عند ابي
 حنيفة محل بالذبح اذا كانت الحياة موجودة وان لم تكن مستقرة
 واعتبر ابو يوسف ان يكون الجراحة مما يعيش من مثلها وحكي عنه
 اكثر اليوم وقال محمد اذا كان يبقى اكثر من بقا المذبوح قال وما جرحه
 الفصد المعلم او الكلب فادركه صاحبه حيا فلم يذكه حتى مات فانه
 على وجهين ان كانت الجراحة التي فيه لا يعيش من مثلها مثل ان
 يشق بطنه فيخرج ما فيه او شبه ذلك فانه يوكل لان الكلب
 او الفصد قد ذكاه ولد له لو وقع في ما بعد ذلك فانه يوكل ولا يضر
 بعد ذلك شيء لانه مذكي كالشاة تذبح ثم تضرب فتقع في ما لان هن
 قد فرغ من ذكاتها فكذلك جرح الصيد الذي لو مات منه قبل ان يقدر
 على ذكاته كان ذكيا فان ادركه حيا وقب من الجراح ما لا يعيش الا
 قدر ما يعيش المذبوح فنترك ذبحه لم يضر محمد بن الحسن في الجرح
 هذا الحد فقال اذا كان يعيش من مثله مقدار ما يبقى المذبوح
 اكل فان كان يطول به ذلك لم يوكل حتى يذكي وقال ابن ساعية في
 نوادره سمعت محمدا قال في رجل ربي صيدا فاصابه وهو لا يعيش
 من مثل هذه الرمية قد علم ذلك ثم تركه فلم يذكه وهو يدكر على ان
 يذكه قال اذا كانت رميته لا يعيش من مثلها الا بقدر اضطراره

في ذبحه بان كان قد بقربطنه او قطعه فانما يضطرب ساعة ثم
يموت قبل ان يذبح فانه ياكله ولا يحرم عليه ان تركه فلم يذكه وان
كان رميته قد يعيش منها يوما او ساعة بان قد خرق امعاءه وهو
يعيش يوما او عامه يوم فانه لا ياكل لانه قد قد ر على ذكاته فلم
يذكه قال بشر عن ابي يوسف اذا شق الكلب بطن الصيد وانج
مما فيه فادره صاحبه وبه رمق فليس عليه ان يذكه وكذلك
لرحله ما سن وهذا كله قد بيناه وكان ابو بكر الرازي يقول يجب
ان يكون قول ابي حنيفة بخلاف هذا ويجب عليه الذبح في جميع
الاحوال بناء على مسألة المتردية وقال ابن ساعة عن ابي يوسف
في نواذع لو ان رجلا قطع شاة بنصفين ثم ان رجلا فري لوداجها
والراس تحرك او شق رجل بطنها فاخرج ما في جوفها وفري الآخر
الاوداج فان هذا لا يוכל من قبل ان الاول قاتل وهذا على وجهين
اذا كانت الضربة مما يلي العجز لم يוכל الشاة وان كانت مما يلي الراس
اكلته لان العروق المشروطة في الذبح متصلة من القلب الى الدماغ
فاذا قطعها حلت واما اذا لم يقطعها فالحجاجة لا يتعلق بها اباحة
فان كان لا يعيش من مثلها لم يعتد بالذبح عند ابي يوسف قال
فاما الوفية فانها اذا ذكيت حلت وهذا على وجهين ان كان في
المتردية والوفية وحركه السبع حياة مستقرة حلت بالذبح
في قولهم لقوله تعالى الا ما ذكيتم وان كانت الحياة غير مستقرة حلت عند

ابن حنيفة للاية ولانه فري الاوداج مع وجود الحياة فصار كالحيوان المستقر
واما ابو يوسف فاعتبر ان يكون مثلها ما يعيش فان كان لا يعيش بها تالم حل
واعتبر محمد بن سفيان اكثر من بقا المذبوح وجه قولها ان الحياة اذا لم يكن فيها مستقرة
لم يعتد بالذبح فالمجوسي اذا ذبح الشاة ثم جاسم فقطع الحلق وقال علي بن الجعد
عن ابي يوسف وكل شيء من الصيد اصيبا برمي او بكب او بغيره او بباري او بصقر
فوقع في يد احصاء مات فلا ياكله ليس لهذا ذكاة الا الذبح وهذا على ما بينا
ان ما سب اليد عليه فذكاته الذبح متوحشا كان او مستأنسا قال وكل بعير
او شاة او بقرة نذ حتى تكون بمنزلة الصيد لا يقدر عليها صاحبها فان ذكاتها
ذكاة الصيد واحدة وذلك لما بينا ان ما لا يثبت اليد عليه فذكاته الجرح وان
كان مستأنسا في الاصل وذلك لما روي ان بعيرا نذ فرماه رجل فقتله فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان هذه الابل او ابدكا وابد الوحش فاذا صنعت هكذا
فامنعوا لها هكذا وان الحكم لا يعود الى الجنس وانما يتعلق بالقدرة وعدم
القدرة فاذا لم يقدر على المستأنس صار كالصيد وقد روي عن محمد انه قال
في البعير والبقرة اذا نذ في المصر او في الصحرا فذكاتها العقر لانهما يدفعا
عن نفسيهما فلا يقدر عليهما قال محمد والبعير الذي نذ في عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم كان بالمدينة قال فاما الشاة فان كانت في الصحرا فذكاتها
العقر لانه لا يقدر عليها وان نذت في المصر فلم تجز عقرها لانها لا تدفع عن
نفسها فيمكن اخذها في المصر فلم تجز عقرها مع النكث منها قال وما وقع منها
قليب فلم يقدر على اخراجه ولا منحه ولا منح فان ذكاة هذا ذكاة

الصيد هذا ما اجتمع عليه اصحابنا وذلك لان الذبح فيه متعذر فصار كالصيد
الذي لا يمكن ذبحه وذكر بعد هذا مسابله عن ابي يوسف قد دخلت فيما ذكرنا
وذكر في المنتقى البعير اذا صال على رجل وهو يريد الزكاة حل اكله اذا كان
لا يقدر على اخذه وضمن قيمته وجعل الصول بمنزلة النيد **باب**
الصيد ياخذ الكلب فخرج اوله بخرجه
قال الشيخ اصل هذا الباب ما قدمنا ان الجرح اذا جرح الصيد فمات
اكل في قولهم لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين ولقوله صلى الله عليه وسلم
كل ما امسك عليك كلبك واما اذا خنق الصيد فمات فالمشهور عنهم انه لا يوكل
وروي الحسن عن ابي حنيفة انه يوكل وقد بينا ذلك فاما اذا لم يخرج له ولم يخنقه
ولكنه كسر عضوا منه فمات فان ابا الحسن قد ذكر انه لم يحد عن ابي حنيفة شيئا
مصرحا وقد حكى في الزيادات المسئلة واجاب فيها جوابا مطلقا انه اذا لم
يخرج لم يوكل فظاهر هذا يقتضي انه لا يحل بالكسر قال وذكر ابي يوسف في
اثر حكايته عن ابي حنيفة قال وان قتله من غير ان يخرج به بناب او مخلب
او كسر عضوا فقتله فلا بأس باكله وهذا الكلام يقتضي ان الكسر كالجرح
ووجهه ان الكسر جراحة باطنة فيه فهي كالجراحة الظاهرة ووجه ما
حكاه محمد بن الجرح يقع به انهار الدم وهذا المعنى لا يوجد بالكسر فصار
كالخنق وقد قالوا اذا اصاب السم ظلفا لصيد او قرنه فان وصل اللحم
فادماه اكل والام يوكل وهذا على الرواية التي قال انه لا يحل الا بالجرح واختلف
اصحابنا المتأخرون في الشاة اذا ذبحت فلم يسيل منها دم هل يحل اكلها ام لا قالوا

وهذا يكون في الشاة اذا اعلفت العباب فقال ابو القاسم الصفار لا توكل حتى
يسيل الدم لقوله صلى الله عليه وسلم ما افري الاوداج وانهر الدم فكل قالت
ابو بكر الاسكاف والهندواني توكل وذلك لان فري الاوداج قد حصل فضان
عارض منع من خروج الدم فصار كالواحتبس الدم بعد القطع في بعض العروق

باب الرجل يرسل الكلب **فيعرض في ارساله ما يفسد الارسال ولا يفسد**

قال ابو الحسن واذا ارسل المسلم كلبه المعلم وسمي ثم زجره
مجوسي او مرتدا او محرم فان زجره فزجره فاخذ الصيد فقتله فانه يوكل ولو كان
المرسل مجوسيا او مرتدا او لا ينجوز ذكاته ثم زجره مسلم وسمي او كلبا يسمي فان زجره
لزجره فانه لا يوكل لان اصل الارسال كان فاسدا وكذلك لو ارسل مسلم كلبا وترك
التسمية عما فزجره مسلم وسمي فان زجره لم يوكل ولو كان الاصل سمي فزجره رجل
لم يسمي على زجره فاخذ الصيد فقتله اكل وذلك لان الارسال الاول قد تعلق بالحكم
به اما الاباحة او الحظر والزجر بعد ليس بسبب مماثل له فلا يسقط حكم الارسال
عما هو دونه وحيا وكالمسلم اذا ذبح فامر المجوسي السكين بعد وصار الفعل الثاني
كمجوسي ذابح فامر المسلم السكين بعد تعلق الحكم بالفعل الاول وسقط الثاني
لانه ليس بمماثل له قال ولوان مسلما ارسل كلبا فبيع الكلب كلبا خرو غير معلم او معلم
لم يرسله احد ولم يزجره بعد انبعائه او سبع من السباع او ذبح مخلب من الطير ما يجوز
ان يعلم فيصاذه فرد الصيد عليه وهسه او فعل ما يكون عوناً للكلب في ارساله
فاخذ الكلب الذي ارسل فقتله لم يوكل وذلك كان رد الكلب ويهسه مشاركة

في الصيد الا ترى ان المشاركه هكذا تقع متى اشترك في الصيد معلم وغير معلم
او ماسي عليه وما لم يسم عليه لم يוכל الاجتماع بسبب الخطر والاباحة وليس كذلك اذا
رد عليه ادمي او بقر او فرس او هتة لان فعله هو ليس من جنس الاصطيد
فلم يجمع في سبب الاخذ الذي هو الاصطيد ما يوجب الخطر والاباحة فحل الاكل
قال وان تبع الكلب كلب غير معلم فلم يرد عليه اولم يمس الصيد ولكنه اشتد
عليه وكان الذي اخذ الكلب المعلم فقتله قال هذا لا بأس بأكله وذلك لانه لم يوجد
منه معاونه فلم يشترك في الاصطيد فحل الاكل وصار كالمسلم اضع شاة فاستركها
بحوسي حتى ذبحها المسلم قال واذا ارسل الرجل كلبا على صيد وسمي فاخطاه واحد صيدا
غير فقتله اكل ولائك لو ارسله على جماعة صيد ولم يمس منها بعينه فانه يוכל
ان قتل منها شيئا وكذلك لو ارسله على صيد بعينه وسمي فاتب الكلب صيدا غير فاخذ
فقتله فانه يוכל لذلك لو ارسل على طير فاخذ طيرا او على طير فاخذ طبيا فان
ذلك كله جائز لا بأس بأكله والطير في هذا كله مثل الكلب وذلك لان تعيين الصيد
بالارسال فيه مشقة الا ترى ان الانسان يرسل الكلب على طيع ظبا او برمي الى قطع فتعذر
عليه تعيين المرمي ويتعذر في الصيد سقط حكمه كالذبح في موضع الذبح فاذا
سقط التعيين جاز لكل ما اخذ الكلب فان كان المرسل عين غيره قال ولو انقلت
كلبي على صيد ولا مرسل له فرجى رجل مسلم وسمي فاخذ الصيد فقتله فان كان
انزجر لرجل اكل وان كان لم ينزجر لرجل لم يוכל وذلك لان يرسل الكلب قبل ارساله
لا يمكن الاحتراز منه لانه يخطوا الى الصيد بطبعه الخطوة والخطوتين وما
لا يحتراز منه لا يعتد به ولانه لم يتقدم على رجاء المسلم سبب يتعلو به حكم لما

٧٩
قدمنا ان فعل الكلب لا يتعلو به خطره ولا اباحة وفعل ادمي
يتعلو به حكم فاذا وجد سبب يتعلو الحكم به ولم يتقدمه سبب
اخر تعلو الحكم به وليس كذلك اذا سبق الرجل ارسالا لرمي لان السبب
الاول قد تعلو الحكم به فلا يسقط مما بعد وتظهر هذا ما قالوا في رجل
حفر بيرا في الطريق فوضع رجل حجرا الى جنبها فتغيز بالحجر انسان فوق
في البير فمات فضمانه على واضع الحجر لانه تقدم على وقوعه في البير
سبب يتعلو به الضمان فلم يتعلو بالسبب الثاني حكم ولو غير
الحجر بانه في الطريق لم يضعه احدا وحجرا به السيل فوق في
البير فالضمان على الحافر لان سبب الالتفاف وجد بالبير ولم يتقدمه
سبب يتعلو به الحكم فتعلو بالثاني قال واذا ارسل المسلم كلبه
على صيد وسمي فادرك الكلب لصيد فضربه فوقه ثم ضربه ثم ضربه
ثانية فقتله اكله وذلك لان هذا المعنى لا يمكن ضبطه من فعل الكلب
الا ترى انه لا يمكن ان يعلم ترك الجرح بعد الجرح الاول وما لا يمكن تعليله
يسقط اعتباره فكانه قتله بجرح واحد قال ولو ارسل رجلان كل واحد
منهما كلبا على صيد فضربه كلبا احدهما فوقه ثم ضربه كلب الاخر فقتله
فانه يוכל والصيد لصاحب الاول وذلك لما بينا ان جرح الكلب
بعد الجرح لا يمكن التحفظ منه فلم يمنع من الاباحة واما الملك فجراحة
الكلب الاول لما اخرجت الصيد من حين الامتناع صار ملكا لصاحب
الكلب فجراحة الثاني لا تنزل ملكه عنه **باب**

متى يكون الكلب معلما ومتى يخرج من التعليم

قال أبو الحسن تعليم الكلب ان يرسل فيتبع الصيد فاذا اخذه امسكه على صاحبه ولم ياكل منه شيئا فاذا افل ذلك فهو معلم وتعليم الجارح من الصيد ان يستجيب اذا دعي واذا ارسل على الصيد تبعه فاخذه فان اكل منه اكل صيده وهو معلم اذا استجاب اذا دعي وتبع الصيد اذا ارسل وكان ابو حنيفة لا يجد في تعليمه شيئا ولا يوقت وقتا ولكن كان يقول اذا كان عالما فكل هذه رواية الاصل وقال ابن الوليد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال سالت ما حد تعليمه قال ان يقول اهل العلم بذلك انه تعلم وقال في المجرد عن ابي حنيفة لا تاكل اول ما يصيد ولا الثاني ثم كل الثالث وما بعده وهي رواية ابن سريج عن الحسن عن ابي حنيفة وقال في الاصل اذا اخذ لصيد فلم ياكل واخذا اخر فلم ياكل ثم صاد الثالث فلم ياكل فهذا معلم والتعليم عندنا ان يرسل ثلاث مرات كل ذلك يقتل الصيد ولا ياكل منه وهذا قول ابي يوسف ومحمد والاصل في هذا ما قدمنا ان صيد الجارح لا حل الا ان يكون الجارح معلما والتعليم في الكلب يكون بترك الاكل لانه يضرب حتى يعود الا ان ابا حنيفة رجع في ذلك الى اهل الصنعة لان الكلب قد يمسك عن الاكل للشبع وقد يمسك للتعليم فوجب ان يرجع الى اهل العلم بذلك فاما في الرواية الاخرى فجعل تكرار ترك الاكل دالة على التعليم لانه لا يتفوق له الشبع في كل مرة فالظاهر انه تركه للتعليم وانما قد رواه التكرار ثلاث مرات

لأنها موضوع للاختيار في خيارا لثلاث وقال موسى للخضر عليها السلام في المرة الثالثة ان سالتك عن شي بعدها فلا تصاحبني قد بلغت مني عذرا وروى عن عمر رضي الله عنه انه قال من اكره في شيء ثلاث مرات فلم يذبح فلينتقل الي غيره ثم اختلفوا في اكل الثالث وقال ابو يوسف ومحمد انما يصير معلما بتكرار ترك الاكل ثلثا فما اصطاد بعد ذلك فهو صيد معلم فيوكل وما كان قبل ذلك فلم يعلم التعلم فلا يوكل وقال في رواية الحسن يوكل الثالثة لأنها قد دلت على التعليم فصار صيد معلم فاكل قال واذا صار معلما في الظاهر وصاد به صاحبه ثم اكل بعد ذلك ما صاده فقد بطل تعلمه فلا يوكل صيده حتى يعلم تعليمه ثانيا ما كان صاد قبل ذلك كله لم يوكل في قول ابي حنيفة ويوكل عند ابي يوسف ومحمد ومن اصحابنا من حمل هذا الخلاف على ان الاكل كان مفارنا لزمان التعليم لانه اذا كان كذلك دل على فقد التعليم لان المدة القصيرة لا ينسى فيها وانما ترك الاكل فيما تقدم الشبع فلم يوكل واما اذا كانت المدة طويلة فيجوز ان يكون اكل للنسيان فلا يستدل بذلك على فقد التعليم في الاصل فكذلك اكل وظاهرا لرواية تقتضي انه لا يوكل بكل حال وذلك لان الاصطيد ليس يعلم بكتشبه وانما هو من الضروريات ومثل ذلك لا ينسي وانما يضعف بالترك كالحياطة والرمي فلما اكل الكلب علم انه لم يكن معلما في الاصل فلا يوكل صيده ولان ما لا يوكل صيده في الحال لا يوكل ما تقدم من صيده كغير المعلم وجه قولها ان اكل الكلب يجوز ان يكون لفقد التعليم

ويجوز ان يكون لغرض الجوع فلم يجز تحريم ما تقدم بالشك ولان الكلب قد
 ينسي كما ينسي الادمي فيحوز ان يكون اكله للنسيان فلا يحرم ما تقدم
 من صيد الا انه يعود بهذا الاكل الى حاله في الاصل فلا يحل اصطياد
 في قولهم اما على قول ابي حنيفة فلانه استدل على فقد التعليم في الاصل
 وعلى قولها يجوز ان يكون لم يتعلم ويجوز ان يكون نسي فلا يحل صيده بالشك
 الا ان يستأنف تعليمه وشرط تعليمه في الذي يشترط في الابتداء على
 اختلافهم فيه وقال في الاصل في رجل ارسل كلبه على صيد وهو معلم
 فاخذ صيدا فقتله فاكله منه ثم اتبع اخر فقتله ولم ياكل منه قال لا تأكل
 واحدا منهما وذلك لانه لما اكل دل على النسيان او فقد التعليم فلم يحل
 صيوده بعد ذلك قال وان اخذ الكلب المعلم صيدا فاخذ منه صاحبه
 فاخذ صاحب الكلب من الصيد قطعة فالتقاها الى الكلب فاكلها
 الكلب فهو على تعليمه وذلك لان ترك الاكل انما تعود الكلب في حال
 اوقات اخذه ولا يعود في غير ذلك فاكله في غير ذلك لا يدل على فقد
 العلم ولان من عادة الصايد ان يطعم الكلب من لحم الصيد بعد اخذه
 منه فلم يقدح ذلك في التعليم قال وكذلك لو كان صاحب الكلب اخذ
 الصيد من الكلب ثم وثب الكلب على الصيد فاخذ منه قطعة فاكلها
 وهو في يد صاحبه فانه على تعليمه وذلك لان الاكل بعد ثبوت يد
 الادمي عليه كالاكل من عنده فلا يؤثر في التعليم ولذلك قالوا لو سرق
 الكلب من الصيد بعد دفعه الى صاحبه لم يؤثر فيه لانه يفعل ذلك

للجوع ولان هذا الاكل لم يدخل في التعليم قال فان اكل من الصيد وهو
 في موضعه لم يخذ صاحبه كرهت اكله لان هذا الاكل حصل قبل اخذ صاحبه
 فصار كالاكل في حال الاصطيد قلت ارايت الكلب المعلم يرسل على صيد فتبعه
 فنهشه فقطع منه قطعة فاكلها ثم اخذ الصيد بعد ذلك فقتله ولم ياكل
 منه شيئا هل يوكل قال لا وذلك لان هذا الاكل حصل في حال الاصطيد وذلك
 يدل على فقد التعليم قلت فان نهشه فالتقى منه قطعة والصيد حي ثم اتبع
 الصيد بعد ذلك فاخذ فقتله ولم ياكل منه شيئا هل يوكل قال نعم وذلك
 لانه لم يوجد منه ما يدل على فقد التعليم وقطع قطعة من الصيد يتوصل
 به الكلب الى اخذ فهو كالجراح قلت ارايت ان اخذ صاحب الكلب الصيد
 من الكلب بعد ما قتله ثم رجع الكلب بعد ذلك فمر بتلك القطعة فاكلها
 هل يوكل صيده قال نعم وذلك لانه لو اكل نفس الصيد في هذه الحال لم يضر
 فاذا اكل ما بان منه اولى قال وان اتبع الصيد فنهشه واخذ منه قطعة
 فاكلها وهو حي فانقلب الصيد ميتة ثم اخذ الكلب صيدا اخر في قور فقتله
 فلم ياكل منه هل يوكل قال لا كره اكله وذلك لان الاكل في حال الاصطيد يدل
 على فقد التعليم فلا يوكل ما اصطاد بعد **باب**
بقا الارسال وانقطاعه قال فاذا ارسل الرجل الكلب وغيره
 على الصيد وسمى فما اخذ في ذلك الفور من الصيد فقتله فانه يوكل ذلك
 كله ان اخذ صيدا فقتله ثم اخذ اخر فقتله ثم اخذ اخر فقتله اكل ذلك كله
 وذلك لانه لم ينقطع عن حال الارسال فصار الثاني كالاول ولا ياتينا ان

التعيين لا يمكن بالارسال فصار صيد الكلب كصيد غيره في فوق
كوقوع السهم بصيدين قال فان جئ على احد هما طويلا ثم مر به اخر
فاخذ فقتله لم يוכל وكذلك ان ارسل الكلب وغيره على صيد فعدل
عن الصيد بمئة اويسرة وتشاغل بغير طلب الصيد وفسر عن سنته
ذلك ثم تبع صيدا فاحذ فقتله فانه لا يוכל الا ان يكون بالارسال
مستقبلا وان يزجر صاحبه ورمى فينزجر وذلك لانه اذا خفي
على الصيد طويلا وتشاغل في حال الارسال فذهب بمئة اويسرة انقطع
حكم الارسال فاذا قصد صيدا بعد ذلك فقد يرسل بنفسه فلا يحل صيده
الا ان يزجر صاحبه فينزجر قال فان كان الذي ارسل فهدا والعهد لا اكل
كمن ولم يسع حتي يستمكن فمكت ساعة ثم اخذ الصيد فقتله هل يוכל
فقال نعم وكذلك الكلب اذا ارسله الرجل فصنع كما يصنع الفهد فلا بأس
باكل ما صاد وذلك لان الكون ليتمكن من الصيد من اسباب الاصطياك فلا
يقطع حكم الارسال كما لو سررو العدو وكذلك البازي اذا ارسل على صيد
فسقط على صيد ثم طار فاخذ الصيد فانه مוכל كانه انما سقط على شيء ليتمكن
من الصيد فصار ذلك ككون الفهد قال وكذلك الراي اذا رمي صيدا بالسهم
فما اصابه في سبه ذلك وجهه اكل لانه اذا مضى في سنته فلم ينقطع
حكم الرمي فصار دها به بقوة الراي فيتعلق به الاباحة فان اصاب
واحدا ثم نفذ الى اخر واخر اطول لان تعيين الصيد غير معتبر ونفوه
من واحد الى اخر بقوة الراي فصار الثاني كالاول قال فان مالت

الزنج السهم الى ناحية اخرى ممينا او شمالا فاصاب صيدا اخر لم يוכל
لان السهم قد انصرف عن وجهه وذلك لانه اذا عدل عن سبه القطع
حكم الرمي وصارت الاصابة بفعل غير الراي وهذا لا يتعلق به ابا
الا ترى ان سيفا لو كان على جبل فالقته الزنج عن الجبل على صيد
فقتله لم يוכל لانه لم يسنه على فعل ادمي فلذلك قال وان لم
يرده الزنج عن وجهه ذلك اكل الصيد لانه اذا مضى في وجهه
فمضيه بقوة الراي ومعونة الزنج للسهم لا يمكن الاحتراز منه
فسقط حكمه قال وان اصابة الزنج السهم وهي زنج شديدة قد
ولم يتغير عن وجهه ذلك فاصاب السهم صيدا فانه يוכל وذلك
لانه مضى في وجهه ومعونة الزنج اذا لم تعدل به عن جهته
لا يمكن الاحتراز منه فسقط حكمه قال ولو اصاب السهم حايطا
او صخرة فرجع فاصاب صيدا فانه لا يוכל لان فعل الراي انقطع
وصارت الاصابة من غير جهة الراي قال فان رمي بين الشجر
السهم فجعل يصيب الشجرة في ذلك الوجه والسهم على سنه لم
يتغير فاصاب صيدا فقتله فانه يוכל فان رده شيء من الشجر
يمنة اويسرة فانه لا يוכל هذا وهذا على ما بينا فان مرا السهم
بحجر او حايط وهو على سنه ذلك فاصاب صيدا فقتله فانه يוכל
وذلك لان فعل الراي لم ينقطع وانما اصاب السهم الصيد والحايط
وذلك لا يؤثر قال ابو يوسف في رجل رمي صيدا فاصاب السهم صخرة

ثم اصاب السهم الصيد فقتله وقد سمي قال لان كان السهم مر علي وجهه
مستويا بعد ما اصاب الضخمة او يمينا او شمالا اكل وان كان رجع
راجعا فاصاب الصيد فقتله لم يوكل وهذا مخالف للاول وجهه ان السهم
قد بعد له عن السير يمينا وشمالا فلا يعيد ذلك فكذلك اذا اصاب الضخمة
فالظاهر ان فعل الرامي لم ينقطع فاما اذا رجع فقد انقطع فعلة لان السهم
لا يرجع من غير سبب قال ولوان رجلا رمي بهما وسمي ثم رمي رجل اخر بهما
فاصاب السهم الاول قبل ان يصيب الصيد فرده عن وجهه ذلك فاصاب
صيدا فقتله فانه لا يوكل لانه لما رجع يدفع السهم الثاني عن سبب انقطع
حكم الرمي فلم يتعلو به اباحة قال الشيخ وهذا محمول على ان الرامي الثاني لم يقصد
به اصطباذ او قد حصل القتل بفعله فلا يتعلو به اباحة فاما ان كان
الثاني لم يقصد به اصطباذ او قد حصل القتل بفعله فلا يتعلو به
اباحة فاما ان كان الثاني رمي ليصطاد حل اكل الصيد وهو للثاني لانه مات
بفعله وان لم يقصد به الرمي وتعين الرمي ليس بشرط قال ولوان رجلين
رمي كل واحد منهما صيدا بهما فاصابا الصيد جميعا ووقعت الرميان
بالصيد معا فمات فانه لهما ويوكل ذلك لانها اشتركا في سبب الاستحقاق
ونسأويا فيه فتساويا في الاستحقاق فان اصاب سهم الاول فوقه ثم اصابه
سهم الاخر فقتله قال ابو يوسف ويوكل والصيد الاول وقال زفر لا يوكل
وهذه المسئلة فرع على اختلافهم ان الاعتبار في الرمي بحال الرمي وبحال
الاصابة فعند اصحابنا الثلاثة ان الاعتبار بحال الرمي لانه هو الذي يتعلق

٨٢
بفعله التسمية والتسمية معتبرة عندك وقد حصل رميةا جميعا والصيد
ممتنع فلم يتعلق بالسهم الثاني خطر الا ان الملك الاول لان صده اخرجته من
حد الامتناع فصار سهم الثاني كانه وقع بصيد مملوك فلا يستحق به شيئا
وجه قوله زفر ان الاعتبار بحال الاصابة بدلالة انه لو لم يصيب لم يملك
وقد حصل السهم الثاني والصيد غير ممتنع فصار كمن رمي شاه فقتلها
قال وكذلك ان رمي احد مما بعد الاخر قبل اصابة الاول فهو كرميهما معا فان
اصاب سهم الاول ثم رماه الثاني فان كان سهم الاول لم يخرج من الامتناع
فاصابه الثاني فهو للثاني وذلك لان الثاني هو الذي صاده والاو
فعل شيئا في الصيد فصار كمن اثار صيدا فاخذ غير وار كان سهم الاول
وقد اخرجته من الامتناع ثم اصابه سهم الثاني فهو علي وجوه ان مات من الاول
اكل وعلى الثاني ضمان ما نقصته جراحته لان السهم الاول وقع به وهو صيد
فاذا قتله حل وقد ملكه الاول بالاصابة فالجراحة الثانية تنقص في ملك الاول
فيضمنها الثاني وان مات من الجراحة الثانية لم يوكل لان الثاني رمي صيد وهو غير
ممتنع فصار كالرمي في شاه ويضمن للثاني ما نقصته جراحته لان السهم الاول
وقع به وهو صيد فاذا اصاب قتله حل وقد ملكه الاول بالاصابة فالجراحة
الثانية تنقص في ملك الاول فيضمنها الثاني وان مات من الجراحة الثانية
لم يوكل لان الثاني رمي الصيد وهو غير ممتنع فصار كالرمي في شاه ويضمن
الثاني ما نقصته جراحته لانه نقص دخل في ملك الغير بفعله ثم يضمن قيمته
مجر وحا بجر احتين لانه اتلفه بفعله الا انه غرم نقصان الجرح الثاني

فلا يضمه ثانيا والجرح الاول نقص بفعل المالك للصيد فلا يضمه الثاني
واما ان مات من الجراحتين لم يוכל لان احدا لم يتبين بتعلقه بالخطر والآخر
يتعلق به الاباحة والصيد بينهما لانها اشتركا في سبب ملكه وعلى الثاني
للاول نصف قيمته بجرحا الجراحتين ونصف ما نقصته الجراحة الثانية
لانه ائتلف على شريكه نفسه حيث اخرجته من الاباحة الى الخطر فلزمه الضمان
وان لم يعمل لم يباي الجراحتين مات فهو كما لو علم انه مات منهما لان كل واحد
من الجراحتين سبب للمقتل في الظاهر **باب**
ما بان من الصيد هل يוכל كل امرأ
قال ابو الحسن روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما بان من الحي فهو
ميت ولا اعلم من اهل العلم اختلافا في ان رجلا لو قطع من الية شاة قطعة
او من فخذها انه لا حل له اكل ذلك وهذا امر كانت تفعله اهل الجاهلية
كانوا يقطعون قطعة من الية الشاة ومن سنام البعير فياكلونها فقال
عليه السلام ما بان من حي فهو ميت فدل ذلك على تحريمه لان الميتة حرام
قال فاذا ركض بفرسه فضر به بسيغه فقطعه باسن فانه ياكل النصفين
جميعا روي ذلك بشر بن الوليد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة عن حماد عن
ابراهيم ورواه ابن زياد عن ابي حنيفة وهو قولنا صحابنا جميعا قال ابن
رستم وان كان ما يلي الراس اكثر مما يلي الراس ودع ما سواه وان قطعت
منه عضوا فكل الا العضو الذي قطعت الا ان يكون معلقا بجلده فياكله
كله قال ابو الحسن وهو قول الحسن ومحمد ولا اعلم عن زفر خلاف ذلك والاصل

٨٤
في هذا ما قدمنا ان الاوداج متصلة من القلب الى الدماغ فاذا قطع
الوسط وهو القلب بعد قطع العروق فصار كما لذبح فيحل به للجميع
واما اذا قطع من ناحية العجز اكل الاكثر ولم يוכל الاقل عندنا وقال
الشافعي يוכל لنا قوله صلى الله عليه وسلم ما انتن من حي وهو حي فهو ميت
والعضو المقتطوع ما من حي فكان ميتا ولان الجرح ليس بذكاة في حال وقوعه
وانما يصير ذكاة اذا انفصل به خروج الروح قبل المقدورة واذا صار
ذلك عند خروج الروح كان ذكاته للجملة دون ما بان منها قبل ذلك وليس
هذا كما لو قطع الاقل مما يلي الراس لان ذلك القطع اصاب العروق فصار
ذكاة عند وقوعه فحلت به الجملة واما اذا تعلق العضو بجلده فقد ذكر
محمد في الاصل اذا كان بمنزلة ما بان لم يוכל وذكر ابو يوسف هذا في الاملا
ولم يشرط شيئا وكذلك رواه الحسن من غير شرط ويجوز ان يكون ما شرطه
محمد قولهم لانه اذا تعلق بجلده حقيقه فذلك التعلق غير معتد به فصار
بمنزلة البابين ويجعل قولهم من غير شرط على التعلق الذي يجوز ان يبيع فيكون
العضو من جملة الحيوان بذكاة الحيوان ذكاة لما اتصل به وقال ابو يوسف
اذا ضربت الراس فقطعته طولا او عرضا فان كان ما بقي من الراس اكثر
ما قطع اكل الصيد وما بقي من الراس ان كان سوا فكله كله وقال ابو يوسف
بعد ذلك اذا قطع الراس تصفين لم ياكل النصف البابين واكل ما بقي من الصيد
وذلك لما بينا ان الاوداج متصلة بالرأس فاذا قطع اقل الراس فلم يعلم انه
قطع العروق فصار ذلك في حكم الجرح الذي يذبح الجملة ولا ينتج ما بان

وإذا قطع الاكثر من الراس فقد قطع العروق فيصير ذلك في حكم الذبح هـ
 فينتج والذي اختلف قول ابي يوسف فيه في النصف والاكثر بناء على قطع العروق
 فكانه ظن انها لا تكون الا فيما يلي البدن من الراس فاعتبر قطع الاكثر وقد كان
 ظن قبل ذلك انه اذا قطع نصف الراس بقطعها قال هشام سمعت محمدا يقول
 في رجل ضرب راس صيد فابان بعض الراس انه اذا كان الذي يلي الذبح اكل اكلها
 جميعا وان كان ما يلي الذبح اكثر الذي يلي الذبح وترك الاخر وهو قول ابي حنيفة
 قال محمد وان كانا سوا اكلها جميعا وهذا على ما بيناه **باب**
الرجل يبيع الحرس فيظنه صيدا فيرسل كلبا ويرمي
ثم يعلم انه صيدا وغير صيد ما يحل من ذلك وما لا يحل
 قال الشيخ جملة هذا الباب ان من سمع حسا فظنه صيدا فارسل عليه
 كلبه او بارزه او رماه بسهم فاصاب صيدا وبان له ان الحرس الذي سمعه لم يكن حرس
 صيدا وانما كان شاة او بقر او ادميا لم يוכל الصيد الذي صابه في قولهم
 لانه ارسل على غير صيد ورمى على غير صيد فلم يتعلق بارساله ورميه حكمة
 الاباحة وكلما ركانه رمي على ادي يعلم به فاصاب صيدا لم يוכל واما ان كان الحرس
 حرس صيدا مأكولا او غير مأكول فاصاب صيدا مأكولا اكل وقال زفران كان
 حرس صيدا لا يוכל لحمه كالسباع وما اشبهها لم يוכל وروي عن ابي يوسف
 انه قال ان كان حرس سبع اكل الصيد وان كان حرس خنزير لم يוכל الصيد
 وجه قولهم المشهور ان اصطبياد الحيوان المأكول وغير المأكول من جنس
 الصيد سواء في الاباحة فاذا احس بذلك فرماه او ارسل عليه فتعلق به

او ارسله اباحة الاصطبياد ويعتبر به صيد مأكول كما لو كان الحرس حرس مأكول
 فاصاب مأكولا اخر وجه قول زفران السباع لا يحل اكلها فرميه لا يتعلق
 به اباحة الاكل فاذا اصاب غيرهما لم يוכל كما لو كان حرس ادي وجه قول ابي يوسف
 ان الخنزير مغلظ التحريم لا يجوز الانتفاع به بوجه والسباع وان كانت
 محرومة جاز الانتفاع بها فاذا رمي للصيد لا يحل الانتفاع به محل لم يتعلق
 برميه حكم الاباحة فلم يحل ما يعتبر به واما اذا لم يعلم ان الحرس حرس صيد
 او غير لم ياكل ما صابه لان الخطر والاباحة تساويا فكان الحكم للخطر وقال
 في الاصل فمن رمى خنزيرا اهليا فاصاب صيدا قال لا ياكل لان الخنزير الاهلي
 ليس بمنع فالرمي اليه كالرمي الى الشاة فلا يتعاقب حكم الاباحة وان اصاب
 صيدا مأكولا وقد قالوا فيمن سمع حسا فظنه ادي فرماه فاصاب الحرس نفسه
 فانه هو صيد اكل لان تعيينه بالظن والرمي ليسقط القصد ويصير كانه
 قصدا الى المحسوس وقالوا لورمي طائرا فاصاب صيدا وذهب المرمي فلم يعلم او
 هو او مستأنس كل الصيد وهذا مبني على ان الطائر النافر اذا رمي في الصحراء
 يוכל بالعقولة لانه باوي البيوت وبثيت اليد عليه الا انه لما رمي الى طائر ثم
 شك فيه فالاصل في الطير التوحيش حتى يعلم الاستيناس فتعلق برميه
 الاباحة وقالوا لورمي بعيرا فاصاب صيدا وذهب البعير فلم يعلم انما هو ام
 غير باد لم يוכל الصيد حتى يعلم ان البعير كان نادا لان الاصل في الابل الاستئناس
 حتى يعلم غيرم واختلفت الرواية عن ابي يوسف فمن رمى سمكة او جرادة فاصاب
 صيدا فقال لا يוכל لان السمك والجراد لا ذكاه لهما وروي ابن ابي مالك عنه

انه يוכל الصيد لان المرمى من جملة الصيد وان كان لا ذكاة له وقالوا ان ارسل
كلبه على ظبي موثق فاصاب صيدا لم يוכל لان الموثق لا يجوز صيده باكله
فهو كالشاء ولو ارسل يان الى ظبي وهو لا يصيد الا ظبي فاصاب صيدا
لم يוכל لان هذا الارسال لم يقصد به الا صطياد فصار كمن ارسل كلبا
على فيل فاخذ صيدا **باب الصيد بتواري عن بصير**
قال الشيخ اصل هذا الباب ان مرمى صيدا او ارسل كلبا على صيد فتواري
الصيد عنه ثم وجه ولم يتعد عن طلبه فانه يוכל استحسانا والقياس ان
لا يוכל وجه القياس انه يجوز ان يكون مات من سهم ومن جراحه كلبه ويجوز
ان يكون ملت من غير ذلك ولا يحل اكله بالشك وجه الاستحسان ما روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحش فقير فتباد را صاحبه اليه
فقال دعوه فسياتي صاحبه فجاء رجل من بهز فقال هذه رميتي يا رسول
الله وانا في طلبه وقد جعلتها لك فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم
ابا بكر فقسمها بين الرفاق ولان هذا لا يمكن الاجترار منه في الصيد الا نزي
ان السهم اذا وقع به حامل في العادة فغاب واذا اصابه الكلب احذب
منه فغاب فاذا لم يوجد من الصايد تفريط في الطلب لم يفسد بالغيبة
التي لا يمكن الاجترار عنها واما اذا تعد عن طلبه ثم وجه فلا يוכל لما روي
ان رجلا اهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم صيدا فقال له من اين لك هذا فقال
رميته بالامس وكنت في طلبه حتى هجم على الليل فقطعتني عنه ثم وجدته
اليوم ومررا في فيه فقال صلى الله عليه وسلم انه غاب عنك فلا ادري لعل

بعض الهوام اعانك عليه لاحاجة لي فيه وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه
سيل عن ذلك فقال كلما اصميت ودع ما انميت قال ابو يوسف والاصحاب
عائنته والانما ما تواري عن بصرك وقال هشام عن محمد الاصم ما لم يتواري عن
بصرك والانما ما تواري عن بصرك ولان الصيد اذا تعد عن طلبه جاز ان
يكون لو لم يتعد ادركه حيا نكاته ذكاته الذبح وخير الحرج من ان يكون ذكاة
له فلم يجز استباحته بالشك **باب المتردي**
قال ابو الحسن المتردي الصيد يرمى وهو يطير فيسقط على جبل ثم يسقط
منه الى الارض فهو متردي فلا يוכל اذا مات من ذلك وكذلك ان كان على جبل
فسقط منه على شيء من الجبل ثم سقط الى الارض فانه لا يוכל وكذلك لو كان على
سطح فضوي فاصابه حابط السطح ثم سقط الى الارض لم يוכל ايضا وكذلك ان
كان على نخلة او شجرة فيسقط منها على جذع النخلة او بدن الشجرة ثم يسقط الى
الارض فمات فانه لا يוכל وكذلك لو وقع على رمح مركوز في الارض وفيه سنان
فوقع على السنان ثم وقع على الارض لم يוכל وكذلك لو نشب فيه السنان
فمات عليه لم يוכל والاصل في هذا انه اذا اشتراك الرمي معي اخر يكثر الاحتراز
منه ويجوز ان يكون الملاحض به لم يוכל لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال وان وقع في الماء فلا تاكله فلعل الماء قد قتله ومعلوم ان وقوع الصيد
على الارض شيء ثم وقوعه منه على الارض قد تخلوا منه الرمي في الغالب
وجوز ان يكون النلف حصل منه فصار كوقوعه في الماء واما اذا وقع على
الارض فمات فالقياس الا يוכל لانه جاز ان يكون مات من الارض والاستحسان

ان يוכל لانه لا يمكن الاحتراز من وقوع الرمي على الارض وما لا يمكن الاحتراز منه
 في الصيد يسقط حكمه وقد ذكر في المنتقى في الصيد اذا وقع على صخرة فانشق بطنه
 او ينقطع راسه لم يוכל قال الحاكم وهذا خلاف جوابه الاصل يعني انه خلاف
 عموم الجواب لانه قال في الاصل انه لو وقع على اجرة موضوعة في الارض اكل
 ولم يفصل بين ان يكون انشق بطنه او لم ينشق فان جعلنا روايتين فوجه
 ما ذكره الحاكم انه اذا انشق بطنه فالظاهر ان الموت حصل بغير الرمي فسقط
 التجوز وليس كذلك اذا لم يخرج لانه يجوز ان يكون مات من الوقوع او من الرمية
 والاحتراز غير ممكن فيسقط التجوز ويجوز ان يحمل ما ذكر في الاصل على هذا
 التفسير فيكون معناه انه يוכל اذا لم ينشق بطنه او ينقطع راسه قال
 ابو الحسن ولو وقع على حرف اجرة في الارض او حرف حجر نكل ثم وقع على الارض
 لم يוכל فهذا على ما قدمنا قال ولو كانت الاجرة مسطوحة على الارض او اللبنة
 فوق وقع عليها ثم مات اكل وذلك لان الاجرة المسطوحة على الارض كالارض فوقه
 عليها كوقوعه على الارض قال ولو وقع على جبل واستقر عليه اكل لان استقراره
 على الجبل كاستقراره على الارض قال ولو سقط من الرمية في ما مات لم يוכל وهذا
 على ما بينا قال بشر وعلي عن ابي يوسف اذا رمي صيدا وهو في السماء فاصابه بنشابة
 وسمي فوقه في الارض فمات فكل ليس هذا معتد وكذلك لو كان على جدار او حائط
 او رابية او جبل فاصابه فوقه منها الى الارض ولكن المتردي الذي لا يוכל ان يقع فوق
 شي من السماء او من موضع فوقه ثم يقع من ذلك الشيء الى موضع اخر فان ذلك لا يוכל
 ذاك متردي وهذا صحيح لان المتردي هو المتردد ولكن لما اجتمع الحرفان قلبوا

احدما ما كقولهم يغضي البازي وانما هو يفضض فابدلوا الضاد باو والتردد
 هو ان يقع على شي ثم على شي وانما المتردي اذا ادرك ذكاته فهو على الخلاف الذي قدمنا
 وقد ذكر في المنتقى عن ابي يوسف قال ولو رمي صيدا على جبل فاحتته حتى لا يتخزل
 ولم يستطع ان ياخذه فرماه فقتله ووقع لم ياكله وذلك لانه خرج من حيز الامتناع
 بالرمي الاول فصار الرمي الثاني لا غير ممتنع فلا يוכל **باب**
صيد السمك قال الشيخ جملة ما في هذا الباب ان حيوان البحر
 كله لا يוכל الا السمك خاصة وقد قدمنا الكلام في ذلك مع الشافعي واما انواع
 السمك كلها فهي حلال وقد بينا ذلك ودللنا عليه لقوله صلى الله عليه وسلم
 احلت لنا ميتتان السمك والجراد وهذا عام في الحديث والمارساي وروي
 عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته وروي
 عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه وعبد الله بن عباس اباحه الحرب ولا يعرف
 لها مخالف وقد بينا ان السمك لا يحل الا ان يكون موته بسبب حادث وتكلمنا
 على ما مات من الحر والبرد وكدر الماء وفي كراهة الطافي وقد اختلف اصحابنا التاخر
 في السمك اذا مات حتفة انقه وهذا المعنى موجود وان لم يطف ومنهم من قال
 لا يكره الا الطافي حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اصطدمت
 وهو حي فمات فكلوه وما اخذتموه ميتا طافيا فلا تاكلوه فلانه اذا طغى بخير
 في العادة فيمكن اكله كما يكره اكل الطعام المتغير وقد روي عن محمد انه قال
 في السمك يوجد في بطن الكلب قال لا باس بها يعني اذا لم يتغير لانه مات بسبب
 حادث وسئل ابو يوسف عن البسط الحزير فقال لا باس بها يعني بذلك ما يتخذ

من شعر خنزير لآلان عندنا حيوان البحر الذي يؤكل ظاهر فلا بأس بالانتفاع به
باب ما يصاد به قال اصحابنا جميعا
كل ذي ناب ومخلب علم فيعلم فصيد به كان صيده حلالا قالوا ومن العرس اذا علم
فيعلم حل صيده قال هشام سالت محمدا عن صيد بن عرس فاخبرني ان ابا حنيفة
قال اذا علم فيعلم فكل ما صاد وقال هشام سالت محمدا عن الذيب اذا علم فاصطاد
قال هذا اري انه لا يكون فان كان فلا بأس به قال الشيخ جله هذا ما بينا ان كل ذي
ناب او مخلب اذا لم يكن محرم العين وتعلم جاز الاصطياد به لقوله تعالى وما علمتم
من الجوارح وهو عام وقد روي عن اصحابنا انهم قالوا في الاسد والذيب انه
لا يجوز الصيد بهما وليس كذلك لمعني بعبود الي عينهما وانما هو لفقد التعليم
لانهم قالوا ان من عادتهما ان يتمسكا صيدهما فلا ياكلانه في الحال وانما
يستدل على التعليم بترك الاكل فان تصور التعليم فيهما جازوا ما الخنزير
فلا يجوز الاصطياد به لانه محرم العين والانتفاع به محرم ثم كباب الصيد والجد
كتاب الاضاحي قال الشيخ الاخميني
من حقوق الاموال وحقوق الاموال على ضربين منها ما يجب فيه التملك كالزكوة
ومنها ما يجب فيه الابلاق كالعتق والاضحية من جن العتق لان الواجب
فيها اراقة الدم وهو اطلاق وليس الصدقة بها واجبة ويجوز ان يقال انها
اخذت السنة من الاصلين من العتق لان الواجب فيها الاطلاق ومن الزكوة
لان المستحب ان يتصدق بلحمها وهي عندنا واجبة في قول ابي حنيفة ومحمد وزفر
والحسن بن زياد واحدا لروايتين عن ابي يوسف رواه محمد والحسن بن زياد

٨٨
وهشام وذكر ابي يوسف في الجوامع انها سنة وليست بواجبة وهو
قولا لشافعي وجه قولهم في وجوبها قوله تعالى فضل لربك وانحر
فيل في التفسير المراد به الاضحية وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال من لم يضح فلا يغرب من مصلانا وقال علي اهل كل بيت في كل عام اضحية
وعتمر وقال من ذبح قبل لصلاه فليعد اضحيته ومن لم يذبح
فليذبح ببسم الله ولانها قربه بضاف اليها وفيها مكانت واجبة
كالجمعة وجه قول ابي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم ثلث كتبت
علي ولم تكتب عليكم وذكر الاضحية وروي انه قال كتبت علي وهي لكم
سنة وروي ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين
وروي عن ابن مسعود الانصاري رضي الله عنه انه قال قد تروح
على الفشاء فلا اضحي بواحد منها مخافة ان يعتقد جارياتها واجبة
ولانه حق مال لا يجب على المسافر فلا يجب على المقيم كلعقيقة والجواب
اما الخبر الاول فلا دلالة فيه لانه ليس مكتوبه عندنا وانما هي واجبة
وقوله كتبت علي وهي لكم سنة يدل على وجوبها لان ما وجب عليه وجب
على امته الا ان يدل الدليل وقوله وهي لكم سنة معناه ان وجوبها
ثبتت بالسنة واما حديث ابي بكر وعمر فلا تنها كانا لا يجدان سعة
وانما كان رزقهما من بيت المال لا يفضل عن كفايتهما واما حديث
ابن مسعود فجوز ان يكون عليه دين فخاف ان يضحى فيعتقد جانه
ان الاضحية تجب مع الدين واما القياس فلا يصح لان المسافر قد سقط

عنه ما هو اكدر من الاضحية كالحمد ونقص الغرض حتى لا يتشاغل بذلك عن السفر
فلذلك سقطت عنه الاضحية واذا ثبت انها واجبة فشرط وجوبها
اليسار اذا ملك الانسان ما في دراهم بعد منزله وخادمه وكسوته وما
يتأث به في منزله على ما فرنا في حد الغني في صدقة الفطر وذلك لقوله
صلي الله عليه وسلم من وجد سعة فليضع ولا يها حق يخرج من الماله لا يتعلق
بسبب من جهته فاعتبر فيه الغني كصدقة الفطر **فصل**
وجبت على المقيمين في الامصار والقرى والبادي دون المسافرين وذلك
لان الاضحية تختص بوقت معين فلو وجبت على المسافرين لمتشاغل بها عن
السفر فسقطت عنه كالجمعة وقد قال في الاصل ولا تجب الاضحية على
الحاج وانما اراد بذلك الحاج المسافر فاما اهل مكة فتجب عليهم الاضحية
وان حجوا **فصل** قال ولا يجوز ذبح الاضاحي في الامصار الا بعد
صلاة الامام العيد ومن ذبح قبل ذلك لم يجز وكان عليه الاعادة مكانها
وقال الشافعي اذا مضى من الوقت مقدار ما صلي رسول الله صلي الله عليه وسلم
فيه العيد جازت الاضحية وان لم يصل الامام لنا قوله صلي الله عليه وسلم
اول نسكنا في يومنا هذا الصلاة ثم الذبح وروي ان ابا بردة ذبح قبل
الصلاة فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم ذلك شاة لحم ولا تترتب
على صلاة رسول الله صلي الله عليه وسلم ترتب على صلاة كالتكبير التشريق
فصل قال ومن كان في غير المصر فانه يجزيه ان يذبح اذا طلع الفجر
من يوم الاضحية ولا يجزيه قبل ذلك وذلك لان اهل السواد ليس عليهم صلاة

العيد فصاروا بعد طلوع الفجر كما هل المصر اذا صلوا والذي كان شيوخنا
يحصلونه في هذا ان وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر في المصر والسواد
الا ان فعل الصلاة لم تجب عليه الصلاة شرط في الاضحية فمن لا تجب عليه
الصلاة فالوقت قد دخل في حقه والشرط غير لازم له فجازت ارضيته والتد
يبين هذا ان العبادة لا يجوز ان تختلف وقتها بالمصر وغير المصر كما يبر
العبادات ويجوز ان يختلف شرطها الا ترى ان الظاهر يمنع من فعلها
في وقت الجمعة في المصر المعدور او بعد صلاة الامام ولا يمنع من ذلك
في السواد **فصل** قال واما النحر ثلاثة ايام يوم الاضحية بعد طلوع
الفجر وهو العاشر من ذي الحجة والحادي عشر والثاني عشر تجوز في نهار
هذه الايام ولياليها بعد طلوع الفجر من اليوم الاول الى غروب الشمس
من اليوم الثاني عشر غير انه يكره الذبح بالليل فان فعل اجزاء قال
الشافعي رحمه الله ايامها اربعة ايام وزاد الثالث عشر لنا ما روي
عن عمرو بن علي وابن عباس وانس و ابن عمر رضي الله عنهم انهم قالوا ايام
النحر ثلاثة افضلها اولها وتخصيص العبادات بوقت لا يعلم الا من
طريق التوقيف فكانهم روي واذلك عن رسول الله صلي الله عليه وسلم
ولان اليوم الرابع لا يتعين فيه وجوب الذبيحة كما بعد وهذه الايام الثلاثة
عندنا تدخل فيها المعلومات والمعدودات لان ابا يوسف قال ان
المعلومات ايام التشريق والمعدودات ايام النحر في يوم النحر من المعدودات
وليس من المعلومات واخر ايام التشريق من المعلومات وليس للمعدودات

واخرايام التشريق من المعلومات وليس من المعدودات واليوم
الثاني والثالث من المعلومات والمعدودات واما كراهتها بالليل فليس
لاجل الوقت ولكن لان الليل لا يستبين فيه العروق فلا يومر ان يقصر
فيها فلذلك كرم الذبح بالليل واما جوازها بالليل فلما روي عن الصحابة انهم
قالوا ايام النحر ثلاثة واحد العددين اذا ذكر على طريق الجمع افتني دخول
ما بآزايه من العدد الاخر ولانه ذبح واحد فلا يختص بالنهار كالهدايا وجزا
الصيد قال ولا يجوز الذبح بعد ذلك ومن لم يذبح حتى تغرب الشمس من اليوم
الثاني عشر فقد فاتته الذبح وذلك لان العبادات الموقته يسقط فعلها بمضي
وقتها واجاب مثلها يحتاج الى دلالة قال فان كان قد اوجب شاة بعينها او
اشترها ليفضي بها فبضت ايام النحر قبل ان يذبحها تصدق بها حية ولا يذوق
منها شيئا لانها لم تذبح فتبلغ محلها قال محمد وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
وفولنا وذلك لان الاضحية تتضمن حق بدن وهو الذبح وذلك يفتوت
بغوات الوقت كالصلاة وتتضمن حق مال وهو الصدقة وذلك لا يفتوت
بغوات الوقت كالزكاة فاذا مضى الوقت سقط ما على البدن فبقي حق
المال فلذلك وجب ان يتصدق بها وانما لم يجب له الاكل منها لان الاضحية
وهدي التطوع اذا تعينت القرية فيه بالذبح جاز الاكل منه واذا
لم يتعين لم يجز للغير الاكل منه بدلالة ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
بعث بالهدايا في عام الحديبية مع ناحيه من جذلب وامر ان يتخللها
النجاج والاودية حتى ياتي منافان ثم اصنع مما ابدع علي منها قال النحر

9
واصنع فعلها بدمها يعني قلاذتها واصرب به صفحتها وخل بينها وبين الناس
ولا تاكل انت ولا احد من رفقتك منها شيئا وكان المعنى في ذلك انها لما نحررت
قبل محلها لم يحسن القرية فيها فمنعهم من اكلها لانهم كانوا اعتيا قالوا الذبح
في اول الايام افضل لما روي عن عمرو بن عيسى وبن عباس رضي الله عنهما انهم قالوا
افضلها اولها قالوا الاضحية علي الغني عن نفسه وولد الصغار حسب
ولا يجب عليه ان يضحي عن عبده ولا عن احد من عياله غير الولد للصغير وليس
عليه ان يضحي عن اولاده الكبار اما وجوبها عن نفسه فقد قدمناه واما
وجوبها عن ولد الصغار فقيه روايتان احداها انها تجب لانه حق يتعلق
بيوم العيد كالفطرة ولان ولد من حكم جزء من اجزائه والرواية الاخرى
ان الاضحية لما تجب عن عبده لم تجب عن ولده وانما لم تجب عن الولد لان العامل
احد من المحرام قال بوجوبها على الانسان عن نفسه دون عبده واما من لم
يوجبها عليهما فسقوطهما عن العبد اجماع واما ولد الكبار فلا ولا ريت
عليهم كالايجاب ولانه لا تجب عليه صدقة الفطر عنهم وهي اكد فلان لا
الاضحية اولى قال وروي الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان عليه ان يضحي
عن ابن ابنه اذا كان ابوه ميتا فان كان حيا لم يجب عليه وهذا جبان يكون
على روايتين كما قال في صدقة الفطر فان اوجبناه فلانه عصبه له ولانه
كالباب وان قلنا لا تجب فلان ولايته منقلبة كالوصي واما اذا كان ابوه
حيا فلا تجب على الرايتين لان لاولية للجد عليه كالاجنبي **فصل**
واما اذا كان ابوه حيا فلا تجب **قال** واذا كان للصغير مال ضحي عنه ابوه

من مال الصغير عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذلك الوصي يضيح
 عن الصغير من مال الصغير وقال زفر لا يضيح الأب عن الصغير
 إلا من مال الأب وإن كان الصغير موسرا هذا كله رواية الحسن
 عن أبي حنيفة وزفر وقد تكلم أصحابنا المتأخرون في هذه المسئلة
 فمنهم من قال إنها محمولة على صدقة الفطر فيجب في مال الصغير عند
 أبي حنيفة وعند أبي يوسف ولا يجوز جب عند زفر ومحمد ومنهم من قال لا يجب
 قولهم لأن الواجب في الضحية إراقة الدم والصدقة بها تطوع وذلك
 لا يجوز في مال الصغير ولا يقدر الصغير في العادة أن يأكل جميعها ولا يجوز
 أن يتباع فلذلك لا يجب والصحيح أن يقال إنها يجب ولا يتصدق بها لأن ذلك
 تطوع ولكن يأكل منها الصغير ويدخله قدر حاجته وستاع له بالباقي ما
 ينتفع بعينه كما يجوز أن يتباع البائع بجلد الضحية **فصل**
 قال الحسن عن أبي حنيفة إن ولد الرجل وهو موسر ولد في أيام
 الذبح وجب عليه أن يذبح عنه ما لم يمتض أيام الذبح فإن مضت أيام الذبح
 قبل أن يضيح عن نفسه أو ولد الصغير فليس عليه أن يضيح بعد أيام
 الفحر وإنما وجب عليه أن يضيح عن ولدائه استغفارهم في وقت الوجوب
 فإذا مضت الأيام فمخرس سقطت العبادة بمعنى وفرتها وقال إن مات ابنه صغير
 في أيام الذبح قبل أن يذبح عنه فليس عليه أن يضيح عنه وذلك لأن العبادات
 الموقته تجب عند تأخر وقتها ثم مات قبل وقت الوجوب لم يبيح في حقها قال
 وقال أبو حنيفة رضي الله عنه ليس على الرجل أن يذبح عن نفسه إذا كان

مسافر أو عليه أن يضيح عن ولده إذا كانوا مقيمين في مصر وإن كانوا مسافرين معه
 لم يضيح عنهم وإنما لم يجب عن نفسه مع السفر لما قدمناه ولأن العامل أحد فالدائن
 إمام أوجبها على المقيم أو من لم يوجبها بحال فسقط عن المسافر بالاجتماع ^{لذلك}
 ولله المسافر في حكمه فاما إذا كان في مصر فعلى الأب أن يضيح عنه لأن المعتبر
 بصفة الموجب عنه فإذا كان مقيما لم يوثر في اضحيته سفر غيره قال وإذا
 كان الإمام قد حلف من يصلي بضعفه الناس في مسجد مصر وخرج بالآخر
 إلى مصر فيصلي أحد المسجدين أيهما كان جاز ذبح الأصاحي وقد ذكر هذه المسئلة
 في الأصل إذا صلي أهل المسجد فالقياس أن لا تجوز ذبح الاضحية والاستحسان
 أن تجوز وجه القياس أن من شرطها فعل صلاة العيد فإن اعتبرنا صلاة من
 في المصلي لم تجز الذبح وإن اعتبرنا صلاة من في المسجد جاز فلم يجز الذبح بالشك
 وجه الاستحسان أن صلاة من في المسجد تجزي عن صلاة العيد ألا ترى أنه
 لو اقتصر عليها جاز فكانه لم يكن الأهم وإن النبي صلى الله عليه وسلم يحل
 الاضحية بعد الصلاة ولم يفصل وأما أن سبق أهل المصلي بالصلاة قبل
 أهل المسجد فلم يذكر في الأصل فكان أصحابنا يقولون لا رواية فيه وقد ذكر
 أبو الحسن وجعله كصلاة أهل المسجد فإن كانت ^{هذه} رواية فوجهها ما ذكرنا
 وقد تكلم أصحابنا المتأخرون في هذا فمنهم من قال لا يجب أن يكون هذا جازا قياسا
 واستحسانا لأن الأصل في صلاة العيد صلاة من في المصلي ومن في المسجد
 إنما يفعلون للعذر فوجب اعتبار الأصل دون غيرهم ومنهم من قال إن المسئلة
 قياس واستحسان للمسئلة الأولى وجهه ما قدمناه وهذا ظاهر ما قال أبو الحسن

لانه سوي بينهما ومن اصحابنا من قال لا تجوز الاضحية لصلاة اهل المصلي
حتى يصلي اهل المسجد لان المسجد ^{اصلا} هو الاصل بدلالة ساير الصلوات وانما
يصلي الامام في المصلي العيد لان المسجد لا يسع للناس فوجب ان يعين في
الاضحية صلاة من هم الاصل دون غيرهم **فصل** قال وان كان رجل من اهل
السواد مسكنه فيه دخل مصر لصلاة العيد الاضحية فامر امر اهله
ان يضخواعنه فانه يجوز ان يضخواعنه بعد طلوع الفجر وذلك لان الذبح
هو العبادة فاعتبر وقتها لمكان فعلها دون مكان المفعول عنه قال وان
سافر رجل وامر اهله وهم في مصر ان يضخواعنه فانه لا يجوز ان يضخواعنه
عنه الا بعد صلاة الامام قال محمد انما انظر الي موضع الذبح ولا انظر الي
موضع المذبوح عنه روي ذلك ابن سماعة وهشام عنه ووجهه ما بينا
وقال هشام عنه ان كان الرجل من اهل مصر امر رجلا وامورا بحيث يجوز
ان يذبح بعد طلوع الفجر فامر الذي في مصر الذي ليس في مصر ان يذبح عنه
فذبح عنه بعد انشقاق الفجر قال محمد بجزيه وبعد طلوع الفجر الشمس
احب الي وهذا على ما بينا ان المعتبر بمكان المذبوح فاما استحسان الذبح
بعد طلوع الشمس فلما قد منا انه امكن من مشاهدة العروق واستيفاء
قطعها وروي الحسن بن زياد عن ابي يوسف انه معتبر المكان الذي يكون
فيه الذبح ولا يعتبر الموضع الذي يكون فيه المذبوح عنه قال الحسن
في اثر الحكاية عن ابي يوسف فان كان الرجل في مصر واهله في مصر احر فكتب
اليهم ان يضخواعنه فينبغي لهم ان يضخواعنه حين يصلي الامام الذي فيه

96
اهله فان ضخواعنه قبل ان يصلي لم يجز واعتبر مكان الذبيحة وقال
الحسن اذا كان الرجل في مصر واهله في مصر لم يذبحوا حتى يصلي في
المصرين جميعا وقال محمد مثل قول ابي يوسف وجه قولها ان العباد
هي الذبح والعبادات الموقفة يعتبر وقتها في حق فاعلمها دون غيرهم
ولانهم ذبحوا في وقت تجوز الذبح فيه لانفسهم فكذلك لغيرهم كما لو
كانوا في مصر والامر في السواد فذبحوا فيه بعد الصلاة وجه
قول الحسن ان حال المذبوح غير معتبر وكذلك حال الذبيحة فوجب
اعتبار الامرين فلا يجوز الذبح بدخول اخر الوقتين دون الاخر قال
وان يصلي الامام العيد ولم يخطب اجزي من ذبح لان خطبة العيد ليست
واجبة فلم يشترط فيها هو واجب ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال اول نسكنا
في يومنا هذا الصلاة ثم الذبح فترتبا لاذبح على الصلاة دون الخطبة قال
محمد فاذا اتم الامام صلاة العيد فليس للرجل ان يذبح اضحيته حتى ينتصف
النهار وان تشاغل الامام فلم يصلي العيد او ترك ذلك متعذرا حتى
انتصف النهار فقد حصل الذبح بغير صلاة في الايام كلها وعلى الامام
ان يخرج لصلاة العيد من الغد او بعد الغد ومن ذبح من الغد او بعد
الغد قبل ان يصلي الامام اجزاه وذلك لان الشمس اذا زالت زالت
وقت الصلاة وانما يفعل من اليوم الثاني والثالث على وجه التقضا
فلا يشترط ذلك في الذبح ولا نسقوط الفرض بذهاب وقته كسقوطه
بفعله ولذلك جازت الاضحية قال الكساني قال محمد قد كانت

الجاهلية ذبايح يذبحونها منها العقيقة كانت في الجاهلية ثم فعلها
 المسلمون في اول الاسلام نسخها ذبح الاضاحي من شاة فاعل ومن شاة
 لم يفعل وذبح اخر شاة كانوا يذبحونها في رجب تدعى الرجبية
 كان اهل البيت يذبحون الشاة فياكلون ويطبخون ويطعمون
 فنسخها ذبح الاضحية والعتير كان الرجل اذا ولد له الناقة
 او الشاة ذبح اول ولد تلك فاكل واطعم قال محمد هذا كله كان يفعل
 في الجاهلية نسخ ذبح الاضحية وذلك لما روي عن عايشة رضي الله
 عنها انها قالت نسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله ونسخ الاضحية
 كل ذبح كان قبلها ونسخ غسل الجنابة كل غسل كان قبله وروي عن
 ابي جعفر محمد بن علي ان الاضحية قد نسخ كل ذبح كان قبله وذكر مثل
 حديث عايشة فاما العقيقة فقد قال محمد ان شاة فعل وان شاة لم
 يفعل وهذا يمنع من كونها سنة قال الشافعي وهي سنة لنا ما روي
 عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن العقيقة فقال ان الله
 لا يحب العقوق فمن شاة فليعق عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة
 وهذا يمنع من كونه سنة لانه علقها بمشيئته **باب**
السن التي تجزى عن الاضحية قال ابو الحسن
 لا يجوز ان يقتضي عند اصحابنا جميعا الا بالثني من كل شيء الا بل
 والبقر والغنم الا الجذع من الضان خاصة اذا كان عظيم علي
 ما جابه الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك لما روي عن

رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ضحوا بالثنايا الا ان يعز
 علي احدكم فيذبح الجذع من الضان وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم
 خرج الي المصلي فسمه فارا فقال ما هذا فقالوا اضحية ابي ردة
 فقال تلك شاة لحم فجاء ابو ردة فقال يا رسول الله عندي غنق
 خير من شاتي لحم فقال تجزي عنك ولا تجزي عن احد بعدك وروي
 البراء قال خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عيد فقال
 ان اول نسك يومكم هذا الصلاة ثم الذبح فقام اليه خالي ابو ردة
 ان سار فقال يا رسول الله كان يومنا نشتري فيه اللحم وانا
 نجعلنا قدحنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فابد لها
 قال يا رسول الله عندنا ما عز جذع قال فني لك وليست
 لاحد بعدك وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال نعم
 الاضحية الجذع من الضان وروي ان رجلا قدم المدينة بغنم
 جذاع فلم ينفق منه فذكر ذلك لابي هريرة فقال ابو هريرة رضي
 الله عنه سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول نعمت الاضحية
 الجذع من الضان فلما سمع الناس هذا الخبر انتهبوا يعني شاة وعزوا
 الي شرايها وتخصيص العبادات بسن دون سن يعلم من طريق
 التوقيف وقد قال الفقهاء ان الجذع من الغنم اسرسته اشهر
 والثني من سنة والجذع من البقر ابن سنة والجذع من البقر
 ابن سنة والثني بن سنتين والجذع من الابل ابن اربع سنين والثني

ابن خمسة **فصل** وتجوز البعير والبقرة عن سبعة واقل من ذلك ولا يجوز عن أكثر من ذلك وقال مالك لا تجزى عن أهل البيت وإن ازدادوا على سبعة ولا تجزى عن أهل البيتين وإن كانوا أقل من سبعة لنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترك أصحابه في البدن فجعل البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة وروي عن جابر أنه قال تخربنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة ولأن القياس يمنع عن جوارها عن أكثر من واحد لأنه ذبح واجب كذبح الشاة وإنما تركنا القياس للخبر فما سواه على أصل القياس ولأن البدنة لما جازت عن سبعة من أهل بيت واحد جازت عن سبعة من بيتين كسبعة من الغنم قال وتجوز الشاة عن واحد ولا تجوز عن أكثر من ذلك ولو كانت تساوي شاتين مما يجوز أن يضحى بهما لأن القياس يمنع من جواز الاشتراك وإنما جازنا ذلك للخبر ولم يتنقل الشركة في الغنم فيقتت على أصل القياس **باب**
العيوب التي تمنع جواز الأضاحي قال في الأصل لا تجوز العور أو الم مقطوعة الطرف ولا الأذن فإن كان من الأذن الثلث أو أقل اجزت وإن كان أكثر من الثلث لم تجز في قول أبي حنيفة ومحمد وروى ذلك هشام عن محمد عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف إذا كان الباقي من الأذن أكثرها اجزت وإن ذهب النصف وبقي النصف لم تجز رواه بشر عنه وكذلك الطرف والأذن والعين وكذلك الذنب قال بشر عن أبي يوسف وسالت أبا حنيفة عن القرن المكسور كله أو بعضه هل تجزى فقال نعم

٩٤ وهو قول أبي يوسف وسالت أبا حنيفة عن الأذن والعين وطرف الألية والذنب يكون مقطوعا أو شيئا منه أو يكون حلقة أو سمّة فقال ما كان من ذلك أقل من الثلث فإنه مجزى فإذا بلغ الثلث لم تجز وقال أبو يوسف أحسن ما سمعنا في ذلك إذا كان الذي بقي أكثر مما ذهب جزى ذلك وإن كان الله ذهب أكثر أو كانا سوا لم تجز ولذلك روي هشام عن أبي يوسف وقال محمد في الأصل قلت أرايت أن كان فذهب الثلث سواهل تجزى قال نعم إلا أن يكون أكثر من الثلث ولذي قال في الجامع الصغير إذا ذهب الثلث أو أقل جاز وإن أكثر من الثلث لم تجز وجمع في رواية جامع الصغير بين الأذن والألية والذنب والعين وقال بشر عن أبي يوسف سالت أبا حنيفة عن العرجا فقال إذا بلغت المنك فهي تجزى في ذلك والأصل في أن العيوب تمنع من الأضحية والهدي ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يضحى بالعمور البين عورها وبالعرجا البين عرجها وبالعجفاء التي لا سقي وروى أنه نهى عن أن يضحى بالخرقا والشرقا والمقابلة والمدابغ فالشرقا أن يكون الخرق في أذنها طولا والخرقا التي يكون عرضا والمقابلة التي يكون الخرق في مقدم الأذن والمدابغ التي يكون الخرق في مؤخر الأذن وروى أنه سئل عن العرج فقال إذا بلغت المنك تجزى وروى أنه إذا قال أسس شرقوا العين والأذن وعن البراء بن عازب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وأشار بأصبعه ثم قال وأصابعي أقصر من أصابع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يشير بأصابعه يقول لا تجزى من الضحايا أربع البين عورها والعرجا

والمريضة البين مرضها والعجفا التي لا سقى وروى انه صلى الله
عليه وسلم نهى ان يضحى بعضبا الاذن والقرن وهذا يدل ان
على ان العيوب الكثيرة في العين والاذن تمنع من الاضحية فاما
اليسير من العيب فلا تمنع لان الغنم لا تخلصوا من ذلك الا نزي انها
تفعل فيها على طريق السمّة والعلامة فلو منع الاضحية شق
على الناس واذا منع الكثير من العيب ولم يمنع القليل فجعل الحد الفاصل
بينهما في احدي الروايتين الثلث فقال اذا ذهب لم يجز وان ذهب اقل
منه جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا لثلث والثلث كثير فجعل
الثلث حكم الكثير وقال في رواية اخرى اذا ذهب اكثر من الثلث
لم يجز فان ذهب الثلث جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز به الوصية
فجعله في حكم الكثير المجزي وما راد عليه لا يجوز واغبر في الرواية الثا^{لثة}
الاكثر لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن العضبا قال سعيد
ابن المسيب هي التي ذهب اكثر اذنها فكان الاولي بالتقرير ما ورد به الستة
قال ابو يوسف ذكرت هذا لابي حنيفة فقال قولي قولك والذي قال
ابو يوسف انه اذا قطع النصف لم يجز فصحيح لانه اجتمع الخطر والاباحة
ولانه يعتبر بقا الاكثر وقد ذكر ابن سريج في كتاب المناسك انه اذا ذهب
الربع لم يجز ووجه ان الربع في حكم الكثير من الاصول لا ترى انهم قد روا
مسح الراس وجوب الدم في حق المحرم به فاما المقطوعة الطرف فهو
عيب فيها فصار كقطع الاذن واما العرجا اذا بلغت المنسك فمعناه

٩٥
ان العرج اذا لم يمينها من المشي بنفسها جازت وان كانت لا تمشي فانها لا تجوز
قال هشام وسالت ابا يوسف عن السكا التي لا قرن لها قال تجزي التي
لا قرن لها فاما السكا فان كان لها اذن فهي تجزي وان كانت صغيرة الاذن
وان لم يكن لها اذن فانها لا تجزي وتجزي الشاة وان لم يكن لها قرن في قولهم
جميعا اما القرن فقد روى عن علي انه سئل عن القرن فقال لا يضرك
امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نستشرف العين والاذن لان
القرن لا يتففع به في الاضحية وليس بمنصوص عليه فلا يؤخر وقد قال
في الاصل لو كسر بعض قرنها او جميعه اجزت فاما السكا فهي التي لا اذن
لها خلقة فان كانت الاذن صغيرة فالعضو موجود وصغرا لا يمنع
وان لم يكن فالاذن مقصودة في الخلقة بدلالة الضر عليها فغدها
اكثر من نقصانها قال وسالته عن الجربا والتولا فقال اذا كانتا
سميتين اجزتا وان كانتا عجفا وبن لم تجزيا وهو قول ابي يوسف
لان الجرب مرض وقد اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم
المريضة ان تكون سنا مرضها ولائها اذا كانت سمينة
فالجرب يجلدها لا يضرك لهما واما التولا فهي المجنونة
والعقل غير مقصود في البهائم وقال ابو يوسف في
التي لا اسنان لها وهي الهما ان كانت تغتلفا ولا تغتلف
فانها لا تجزي والاسنان كالاذن اذا بقي الاكثر منها اجزت
وان ذهب الاكثر لم تجز وقال بشر قال ابو يوسف بعد ذلك

اذا بقي منها ما تعتلف وان كان اقل من النصف اجزي اما الرواية
 التي اعتبر فيها الاكثر فلان الاسنان عضو كالاذن فاعتبر
 بقا الكثرة واما الرواية الاخرى فلان المقصود من الاسنان
 الاكل بها فاعتبر بقا المقصود وزغير ومن اصحابنا من
 قال لهتما التي تكسر اطراف اسنانها فاعتبر ابو يوسف
 فيها ان تعتلف لان الاسنان باقية وانما نقصت فاذا لم تؤثر
 في الاكل لم تمنع فاما اذا انغلقت الاسنان فاعتبر بقا
 اكثرها قال ولا بأس عندهم جميعا بالخفي وذلك لما روي ان
 النبي صلى الله عليه وسلم ضحك بكبشين المخين اقرنين سولوين
 مشبان في سواد وينظران في سواد وياكلان في سواد احدهما
 عن نفسه والاخر عن امته وقد روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه
 انه قال الخفي احب الي لان اربط لحما وانفع للمساكين وسيل
 الشعبي عن الخفي فقال لا بأس ما زاد في لحمه انفع ما ذهب
 من خصيه قال ولا بأس بما فيه سمة في اذنه لان السمة
 لا تخلو منها الحيوان ولانه عيب يسير وقد بينا ان ذلك
 لا يمنع في الاذن قال ولا يجوز في الاضاحي سي من الوحش من
 ذلك لان الاضاحي مأخوذة من الشرع ولم يرد الشرع الا في الانعام
 دون الوحش فلم يجز ذبح الوحش من غير شرع فان كان متولدا
 بين الوحشي والانسي فالمعتبر بالام فان كانت بقرة اهلية

نزع عليها

نزع عليها نور وحشي فولدت فانه يجوز ان يضحى به وان كانت
 البقرة وحشية والتور اهليا لم يجز الولد قال لان الولد في
 حكم جز من الام فاعتبر بها ولانه منفصل منها وهو حيوان يتعلق
 به الاحكام وينفصل من الفحل وهو ما لا يتعلق به حكم فكذلك
 تتبع الام **فصل** واذا اشترك السبعة في بيع او بقرق
 وكلهم يريدون القرية الى الله عز وجل اجزاهم اي قرية كانت
 تطوعا او واجبة اختلفت الجهات او اتفقت وقال زفر اذا اتفقت
 جهات القرية جاز وان اختلفت فاراد احداهم الهدي والا ضحية
 واراد الاخر جزا الصيدا والتطوع لم يجز لنا انهم اتفقوا في جهة واحدة
 وهي القرية الى الله تعالى فصار كما لو اتفقوا في نوع واحد قول زفر ان خروج
 الروح لا يتبعض فاذا اختلفت الجهة صار في حوكل واحد منهم كان الذبح
 وقع عن الجهة الاخرى قال ولذلك لو كان ذبح احداهم عن ميت جاز وقد ذكر
 في الاصل اذا اشترك السبعة في بدنة فمات احداهم قبل الذبح فرضى ورثته
 ان تذبح عن الميت جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وروي عن ابي يوسف
 اذا شاركهم من يذبح عن الميت لم يجز وجه القياس ان الميت قد سقط عنه
 الذبح وفعل الوارث لا يقيم مقام فعله فصار نصيب الميت لحم فلم يجز
 وجه الاستحسان ان الوارث يملك ان يتقرب عن الميت بدلالة انه يجوز
 له ان يحج عنه ويتصدق فصار نصيب الميت للقرية فاجر الباقيين ولان
 الوارث له على الميت ضرب من الولاية فجاز ان يذبح عنه الا ترى ان النبي

صلى الله عليه وسلم ذبح عن أمته لما كان له عليهم ولاية وجه قول أبي يوسف
أن الأضحية عن الميت لا تجوز ولا تثبت في حقه فلم يكن في ذلك الجزئية
فمنع من جواز الباقي **فصل** قال وإن كان أحدهم يريد اللحم وكان ذميا
ذبح قربته لم تجز الذبيحة عن المصحى ولا عن غيره وقال الشافعي إذا أراد أحدهم
اللحم جاز لنا أن وقوع اللحم عن الذبح يمنع القربة بدلالة أن أضحية أبي بردة
ابن نزار لما لم تجز قال النبي صلى الله عليه وسلم تلك شاة لم تجعل هذا
عبادة عما لا يجوز وإذا لم تجز في جزء منها لم تجز في كلها لأن خروج الروح
لا يتبعض ولأن خروج الروح في حق الأدميين إذا اجتمع فيه الأعلى
والأدنى كان الحكم للأدنى كالمخطي والعامد إذا اشتراكا فاما الذي الذي يريد
به القربة فلا قربة له في ذبحه فصار كالمسلم الذي يريد اللحم وقالت
أبو حنيفة لو كان هذا من نوع واحد كان أحب إلي لأن خروج الروح
لا يتبعض فإذا اتفقت الجهة اتفقت القربة فهو أولى قال وإذا ذبحت
البقرة والبعير عن سبعة أجزاء النيات وإن لم يذكرها لأن الذبح عبادة
عن العبادات يعتبر فيها النية دون القول كالصلاة ولأنه ممنوع عندنا
عز ذكر شئ مع التسمية فلذلك اقتصر على النية **فصل** قال
وإذا اشترى الرجل أضحية وهي سمينة فجفت عنه بعد ذلك حتى صار
لواشترها على هذه الحالة لم يجز أن كان موسرا وإن كان محسرا وذلك لأن
الموسر يجب الأضحية عليه في ذمته وإنما اختصت القربة بالعين فنقصا
كها كما قال كان الفقير واجب على نفسه أضحية لم تجز هذه لأنها وجبت

٩٧
عليه بإيجابه فصار كالفني الذي وجبت عليه بإيجاب الله تعالى قال ولو اشترى
أضحية وهي صحيحة ثم أعورت عنه أو قطعت أذنها كلها أو طرفها أو أنكرت
رجلها فلم يستطع أن يمشي هل يجزى عنه قال ولا عليه مكانها وهذا على ما
قدمنا ولذلك إن ماتت عنده أو سرقته قال ولو قدم أضحية ليذبحها فاضطر
في المكان الذي يذبحها فيه فأنكسرت رجلها ثم ذبحها مكانها اجزاه ولذلك إذا
انقلبت منه السكين فاصابت عيضا فذهبت فالقياس أن لا تجوز ذلك
لأنه عيب دخلها قبل تغيب القربة فيها فصار كلو كان قبل حال الذبح وجه
الاستحسان أن الشاة تضطرب في حال الذبح فيتلفها العيوب من
اضطرابها فصار ذلك مما لا يمكن الاحتراز منه ولأن الذابح قد يمر السكين
فيقطع ما لا يحتاج إليه قطعه في الذبح وذلك نقص فلا يوشى لأنه لا يمكن منه
الاحتراز فيه فلذلك هذا وقد روي بشر بن الوليد عن أبي يوسف في المال
فمن عالج أضحية ليذبحها فكسرها أو أعورت من فعله فذبحها ذلك اليوم
أو ذبحها من الغد فإنه يجزى عنه لأن ذلك النقص لما يعتد به لو ذبحها في
الحال كذلك إذا ذبحها في الثاني كالنقص اليسير قال وإذا لم يكن للشاة أذان
خلقت كذلك قال لا تجوز إذا كان يكون هذا وكذلك الطرف لأن عدم الأذن لما
أثر في الأضحية وهي مقصودة في نفسها استوي فيها الخلفة والطارق
كالشاة التي ولدت عميا **فصل** قال وإذا ذبح رجل أضحية رجل
بغير امره اجزاه استحسانا والقياس أن لا يجزى وإن يذبح المصان
يضمن الذابح وهو قول زفر وقال الشافعي يجزى عن الأضحية ويضمن الذابح

وجه القياس انه ذبح شاة غير بغير امر فصارت كشاة القصاب
وجه الاستحسان ان الاضحية قد تغيب فيه وعرض صاحبها تجليلها
فاذا ذبحها فقد حصل مقصوده فاسقط عنه مونة الذبح فكانه
ذبح بامر وعلي الشافعي انه ذبح جزئي عن الاضحية فلم يضمن الذابح
كما لو ذبح بامر صاحبها قال وان غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية
صاحبه عن نفسه اجزي كل واحد منهما اضحيته في الاستحسان وبأخذ
الذابح من ذلك لما بينا ان من ذبح اضحية غير جاز ذبحه عن الواجب واذا
جاز عن احدهما جاز عنهما ولان هذا امر فيه يكون لاسمها في الهدايا لان الناس
يشترونها وهم رفقة واحدة فلا يتميز لهم فجاز ذلك للضرورة قال هشام
عن ابي يوسف في نواذر في رجلين اشتريا اضحيتين فذبح كل واحد منهما
اضحية صاحبه غلطا عن نفسه واكلها قال تجزي كل واحد منهما لصاحبه
قيمة شاته وان كان قد انقضت ايام النحر فصدق بتلك القيمة واذا جاز
احلها لهما لانهما لا يطران يطعمها للآخر ابتداء فجاز ان يخلله فيها
بعد اكلها وله ان يضمنه لان من ائلف اضحية غير ضمن ويتصدق بالقيمة
لانهما بدل عن اللحم فصارت كما لو باعه وسالت ابا يوسف عن البقرة اذا
ذبحها سبعة للاضحية يقتسمون لحمها جزافا او وزنا قال بل وزنا قلت
فان اقتسموها جزافا وحل بعضهم بعضا قال لا كذلك وانما تجزى القسمة
بجارية لان فيها معنى التملك واللحم سب فيه الربوا فلا يجوز مجارفة
ولا يجوز التملك لانه في معنى الهبة وهبة المشاع فيما يقسم لا تصح قال

واذا

٩٨
واذا امر المسلم نصرانيا او يهوديا ان يذبح عنه اضحيته قال
يجزيه وهذا مكروه وذلك لان الكافي من اهل الذكاة كالمسلم فاما
الكراهة فلان الذبح عبادة والكافر ليس من اهل القرب ففعل
المسلم لها اولى قال وان ذبح الاضحية صاحبها احب اليها وان امر
غيره لم يضر وذلك لان الذبح عبادة فاذا وليها بنفسه كان افضل
من توليتها غيره كسائر العبادات ولان النبي صلى الله عليه وسلم
ساق ما يقبضه فخر منها بيد نيف وستين واعطي الحرية عليا
فخر الباقي وهذا عندنا اذا كان الرجل يحسن الذبح ويقدر عليه
فاما اذا لم يحسن فانه يوليها غيره اولى وقد روي عن ابي حنيفة
قال نحرته بدنة قائمة معقولة فلم افزع عليها فكنت ان اهلك
قيام من النار لانها نحرته فاعتقدت الا ان نحرها الا معقولة
باركة او اولى من هو اقدر على ذلك مني وقد روي في استحسان حضور
الانسان لذبح الاضحية حديث علي ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال يا فاطمة بنت محمد صلى الله عليه وسلم قومي واشهدي
اضحيتك فانه يغفر لك باول فطرة تظطر من دمسها
مغفرة لكل ذنب اما الله كما لحمها دمها فيوضع في ميزانك
وسبعون ضعفا قال ابو سعيد الخدري يا بني الله هذا لال
محمد خاصة فانهم اهل لما حضوا به من الخير اولا لمحمد والمسلمين
عامة قال لاهل محمد خاصة والمسلمين عامة وفي حديث عمران بن حصين

قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا فاطمة قومي فاشهدي
اضحك فانه يغفر لك باول قطرة تنظر من دمها كل ذنب عملت
وقولي ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له
وقدر روي في فضيلة ذبح الانسان اضحيته بين حديث ابن عباس ان النبي
صلى الله عليه وسلم ضحي بكبشين احمرين فذبح وسي وبكر ويضع
رجله على صفحتها وعن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه كان اذا ذبح قال
بسم الله والله اكبر اللهم منك ولك صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله
رب العالمين لا شريك له رب العالمين وانا اول المسلمين وعن جابر
قال ضحي رسول الله صلى الله عليه وسلم بكبشين قال حين وجههما وجهت
وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا مسلما اللهم منك ولك عن محمد
وامته بسم الله والله اكبر **باب**
الرجل يشتري الاضحية هل ينتفع بشئ منها قبل
ان يذبحها او بعد ما ذبحها قال ابو الحسن اذا
اشترى الرجل اضحية فانه يكره له ان تحلبها او يحز صوفها فينتفع به وان
كان ذلك بعد ذلك بعد ما ذبحها فلا بأس به ولا ينبغي له ان تحلبها قبل الذبح
فان فعل ذلك نضدق باللبن وذلك لانه لما عينها للقربة لم يجز له ان ينتفع
بشيئ منها قبل ان تنقرب القربة فيها كما لا يجوز له ان ينتفع بلحمها اذا ذبحها
قبل وقتها ولان الحلب والحز يوجب نقصانها وهو ممنوع مما يدخل النقص
في الاضحية ومن اصحابنا من قال هذا في الشاة التي اوجبهها ولبست واجبه

99
مثل الفقير اذا اشترى اضحية او الموسر اذا اوجب ثانية لان
الاحباب يعتبر فيها فلم يجز له الرجوع في جزء منها فاما الموسر اذا
اعتبر اضحية فلا بأس ان يحلبها او يحزها لان الواجب لم يتعين
فيها وانما هو في ذمته ويسقط الذبح ما يثبت في ذمته فاذا كانت
عند الذبح بصعد الجواز فكانه ابتداء بشراها على هذه الصفة
فاذا ذبحها في وقتها جاز له ان تحلب لبنها فيأكله ويحز صوفها
فيستفيع به في الوجهين لان القربة نغيبت فيها بالذبح فجاز
الانتفاع بلبنها وصوفها كما يجوز بلحمها قال وان كان في ضرعها
لبن وهو مخاف عليها ان لم تحلبها نضح ضرعها بالما البارد حتى ينقطع
اللبن لان الحلب لا يجوز ووقع الضرر عنها واجب فوجب ان ينضح
ضرعها بالما البارد لينقطع اللبن وانما ينقطع قبال لبن
لانه جزء منها فكان الواجب الصدقة به ما لم يتعين فيها القربة
بالذبح كما لو ذبحت قبل الوقت قال ولا ينتفع جلدها لما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع جلد اضحية فلا
اضحية له قال ولا تقطيه بكدا جزاها لما روي عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه قال علي تصدق بحلها وخطامها ولا تظا جر
الجزا منها قال وان عمل بالجلد شيئا مما ينتفع به في منزله فلا بأس مثل
ما يفتريه او ينام عليه او غير ذلك مما ينتفع به في منزله لما روي
ان عائشة رضي الله عنها جلد اضحية سقاها لانه يجوز له الانتفاع

لجبرها فكذلك تجلد لها قال وان ولدت ولدا ذبح ولدها معها وذلك لان
الوجوب تعيين فيها فاما الشاة التي اشتراها الموسر ليضحى بها اذا
ولدت لم يتبعها ولدها لانها تقوم مقام ما في الدنة عند الذبح فكانه
اشترائها في تلك الحال وقد كان اصحابنا يقولون انه لا يجب ذبح الولد
ولو قصد فيه جاز لا لان الحوت سري اليه ولكنها متعلق بها فهو كلالها
وحظاها قال فان باعه او ولي او ذبحه فاكله تصدق بقيمته وان
باعه تصدق بثمنه وذلك لان الحق لم يسر الى الولد وانما يتصدق
به كما يتصدق بالجلال فلا يجوز له بيعه ولا اكله قال فان امسك اولادها
حتى تمضي ايام الذبح فانه يتصدق بها لانه فات ذبحها فصارت كالشاة
التي اوجبها وقد ذكر عن محمد في المستقاقا لانما وضعت الاضحية
فذبح الولد يوم الاضحية قبل الام اجزاه وان تصدق به يوم الاضحية
قبل ان يذبحه فعليه ان يتصدق بقيمته وهذا على اصل محمدان الصغار
تدخل في الهدايا ويجب ذبحها فاذا ولدت الاضحية تغلق بولدها من
الحكم ما تعلق بها فاذا باعها وتصدق بها فقد فوت الذبح الواجب فصار
كالوفات بمضي الايام قال ولا باس بان يشتري بجلد اضحيتها متاعا من
متاع البيت وذلك لانه يجوز ان يتخذها متاعا فجاز ان يضرعها الي ذلك
قال وحكي هشام عن محمد قال اكر ان يوخرا اضحيتها الى اخر ايام الخمر
وتجزئه اذا ذبحها في اخر ايام الاضحية قبل غيبوبة الشمس وهذا لما روي
عن الصحابة انهم قالوا في ايام الذبح افضلها اولها ولانها وضعت ليلتسع

علي نفسه وعلى الناس في هذه الايام فاذا اخرها الى اخرها لم تجز
المقصود بها وقال هشام عن محمد عن ابي حنيفة انه كان لا يرى باسا ان يطعم
اضحيتها ولا ياكل منه شي لان هذا ادخل في القرية فهو اولى قال ولو ان رجلا
اغفل اضحيتها حتى مضت ايام الخمر وضاعت فاصابها بعد ايام الذبح قال
محمد فليس عليه ان يذبحها ولكن عليه ان يتصدق بها ولا يذرا منها شيئا
لانها لم تذبح فتبلغ محلها قال محمد وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقولنا
وهذا على ما قدمنا قال واذا ذبحها ايام الخمر فله ان ياكل منها ويطعم منها الغني
والفقير ويتنفع بجلدها وذلك لقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس
الفقير وقال النبي صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم عن لحوم الاضاحي
فكلوا منها واذخروا وانما جاز ان يطعم الغني لانه يجوز له ان ياكلها بنفسه
وهو غني وقد قالوا انه يستحب ان يتصدق بالثلث ولا ينقص من ذلك
شيئا لان الله تعالى قال فكلوا منها واطعموا البائس الفقير وقال
النبي صلى الله عليه وسلم كلوا واطعموا واذخروا فصارت منقصة بين الصدقة
والاكل والادخار فلكل واحد منهما الثلث قال فان باع الجلد بورق او ذهب
او فلوس تصدق بذلك روي هذا احد القاري عن محمد وذلك لان القرية فاتت
فيه فوجب ان يتصدق به وقال هشام سمعت محمدا يقول في مسك الاضحية
لسري منه غربالا او متخلا او متاعا لست قلمت له وهو قول ابي حنيفة
وابي يوسف وقولك قال نعم قال وان شئت اخذت فروا واشترى به ثوبا
وذلك لان هذا المتاع يتنفع بعينه ويغار للناس فهو كالواخذ من الجلد

النعال ولا يشتري به خلا ولا ايزار لان ذلك مما لا ينتفع به الا باستئلاك
عينه والماثور ان يبد لها بما يقوم مقام عينه في الانتفاع به قال واذا اشترى
الرجل البقرة ويريد ان يضيها ثم اشترك فيها بعد ذلك سنة قال هشام
ابا يوسف فاخبرني ابا حنيفة قال اكرم ذلك ويجوزهم ان يضيحوها عنهم
ولذلك قول ابي يوسف قلت لابي يوسف ومن بيته ان يشترك فيها قال
لا احفظ عن ابي حنيفة فيها شيئا ولكن لا اري بذلك باسا وقال في الاصل
في رجل اشترى بقره يريد ان يضيها عن نفسه ثم اشترك فيها بعد ذلك
لم يشركهم حين اشتراها فاتاه انسان بعد انسان فاشركهم حتى استكمل
سبعة يعني انه صار سابعهم هل يجزي عنهم قال نعم استحس وان فعل
ذلك قبل ان يشتريها كان احسن وهذا محمول على المعنى اذا اشترى بقره لاصحته
لان ملكه لا يزول بالشري وانما يقيمها مقام ما وجب عليه عند الذبح فاذا
بقي منها سبعة فكانه اشترى ذلك في الاصل الا انه يكره لانه حين اشترى
ليضيها فقد وعد وعدا فلا ينبغي ان يرجع فيه واذا العقب الذي وجبها
بالشري فلا يجوز ان يشترك فيها لانها تعينت بالوجوب فلم يسقط عنه
ما اوجبه على نفسه وقد قالوا في مسلة الغنى اذا اشترك بعد ما اشتراها
للاضحية انه ينبغي ان يتصدق بالثلث وان لم يذكر ذلك محمد لما روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيمة بن حزام دينارا وامره ان يشتري
اضحية فاشترى شاة فباعها بدينارين واشترى باحدهما شاة وجا الى
النبي صلى الله عليه وسلم واخبر بما صنع فقال له بارك الله لك في صفقة

ميميك وامره ان يضي بالشاة ويتصدق بالدينار لانه فضل عما اخرجه
للاضحية فكذلك في مسئلتنا تم كتاب الاضحية بحمد الله وحسن توفيقه
اللهم اغفر لكتابته ولجميع المؤمنين والمؤمنات **كتاب**
الغضب **قال الشيخ** حقيقة الغضب
اخذ مال الغير بغير اذنه فواجب هذه الصفة كان غضبا وما وجد خلافها
فليس بغضب لانه اذا اخذ مال الغير باذنه فهو مودع او مستعير
او ممرتهن او مبتاع وقد يدخل في حكم الغضب ما ليس بغضب وان ساواه
في حكمه مثل حهود الودعة لان الحود ليس يتناول ولا يقل والغضب
على ضربين احدهما يتعلق به المائم وهو ما وقع مع الجهل كمن ائلف ملك
غيره وهو يظن انه له وللضمان يتعلق بهما جميعا لان اسباب يجوز ان يتفق
فيها ما يتعلق به المائم وما لا يتعلق به فاما المائم فلا يحصل الامع القصد لقوله
صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطا والنسيان معناه مائم الخطا والغضب
محرم بالعقل لما فيه من ادخال الضرر على الغير وقد ورد الشرع بتاكيد ما
اقتضاه العقل من التحريم قال الله تعالى لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل
الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقال ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما
انما يأكلون في بطونهم نارا الآية وقال النبي صلى الله عليه وسلم حرمة مال
المسلم حرمة دمه وقال ان دماكم واما اموالكم حرام كحرمة يومي هذا في شهري
هذا في بلدي هذا يعني الحرم وقال لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس
منه وقال من غضب شبرا من ارض طوقه الله تعالى به يوم القيامة

من سبع ارضين وقد ذكر ابو الحسن الاية ثم قال والعدوان والظلم ان
يقصد الي اخذ مال غير بغير حق يوجب له اخذه وبغير اذنه فهو عدوان
وظلم وهو اثم في ذلك ضامن له حتى يردده على صاحبه او يرد مثله او قيمته
فان اخذنا لا على وجه يجب له في الحكم الظاهر اخذه وهو في الباطن على
خلاف ذلك فهو ضامن له ولا اثم عليه وذلك كرجل اشترى متاعا او غير
ذلك ممن هو في بدنه وهو يري انه له وقبض وتصرف فيه بما يوجب
استهلاكه من اكل او لبس ثم تبين ان المشتري لغير السابغ فهو ضامن له
ولا اثم عليه وكذلك ان ملكه ذلك من هو في يده بوجه من وجوه الملك
التي اباح الله الملك بها فهو كذلك بسقط عنه الماثم ويضمنه لمستحقه
وسواء كان العقد الذي ملكه به ببدل او بغير بدل وهذا قد دخل فيما
بيننا من التقسيم فما كان على وجه العدوان فهو اثم باخذه وامساكه وعليه
رد العين ان كانت باقية لقوله صلى الله عليه وسلم من وجد عينه باله
فهو احق به ولقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده وقال
صلى الله عليه وسلم لا ياخذ احدكم متاع صاحبه لاعبا ولا جادا فاذا اخذ
احدكم عصا صاحبه فليردها عليه وان كان هالكا فهو على ضربين
ان كان بما له مثل مثل المكي والموزون والمعدود الذي لا ينفق وتفعلي
الغاصب مثله وقال في القياس عليه قيمته لنا ان المثل في المكيلات
والموزونات اعدل من القيمة والتفاوت فيه اقل من التفاوت فيها والواجب
ان يقضي بما هو الاعدل ولانه قد امكن رد الملك والجنس والمال الا حق فيها

٨٠٤
فكان ذلك اولى من تقوية احدهما وتخصيل الاخر واما المعدودات
التي لا تفاوت فيها كالجوز والبيض فعلى مستهلكها مثلها عند ما وقال
زفر قيمتها وهذا فرع على حواز السلم فيها وقد بيناه في البيوع واما اذا كان
المغصوب مما لا مثل له فالواجب فيه القيمة وقال اهل المدين المثل
لنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في عتق عبد بين شيئين
بقية نصيب الذي لم يعتق فصار ذلك اصلا في ائلاف كل ما لا مثل
له ولان القيمة في الاعيان المختلفة المتفاوتة اعدل من المثل الا ترى
انه لا يكاد ينفق عبدان على صفة واحدة والواجب القضاء بما هو
الاعدل فاما قوله فمن اعتدي عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدي
عليكم فالمثل قد يعبر به عما قام مقام الشيء وان لم يكن له مثله في
الحقيقة قال الله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها ومعلوم ان السيئة
الاولى هي المعصية والثانية العقوبة وليس مثالا لها في الحقيقة
فان احتجوا بما روي عن انس قال كنت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم
في منزل عائشة قبل ان يضرب الحجاب فاهدت له بعض زوجاته
قصعة فيها تريد فغارت عائشة فضربت بالقصعة فكسرتها
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كلوا فقد غارت امكم فجات
عائشة بقصعة اخرى فوضعتها فاخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم
فردها على صاحبة القصعة والجواب انه يجوز ان تكون هذه القصعة
التي جات بها عائشة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتبرع فدفعها

عنها ونحن لا نمنع من جوارده المثل بالراضي واحتجوا بما روي ان اعرابيا
 جاء الى عثمان بن عفان رضي الله عنه وقال له ان بني عمك عدوا على ابل ي
 فقطعوا البانها وقتلوا فضلنا فقال اذا نغرم لك ابل مثل ابلك
 وفضلنا مثل فضلنا فقال سقطت وموت فضلنا حتى اتى بها داري
 وكان ابن مسعود في ناحية من المسجد فاشار اليه بعض القوم فقال ابن مسعود
 اري ان ياتي هذا وادبه يقوم لك هناك ابل مثل ابله وفضلنا مثل فضلنا
 والجواب ان عثمان اراد ان تبرع عن بني عمه ويقطع لسان الاعرابي عنهم بدلالة
 انه لم يسأله البينة على دعواه وما يدفع على طريق التبرع ليس من الواجب
 في شيء وقد روي عن شريح انه قال من كسر عصا فهي له وعليه مثلها
 وهذا يحتل المثل الذي هو القيمة بدلالة ما روي الحكم عن شريح
 انه قال فعليه قيمتها واما القسم الثاني الذي ذكره ابو الحسن فالضمان
 فيه كالضمان في الاول وانما يختلفان في المأثم لانه احد في احد الموضعين
 ما لم تجزله اخذه واخذ في الثاني ما له اخذه في الظاهر فلم يأثم باخذه
 فاما الضمان فجوز ان يتعلق بالاسباب المادون فيها كالشري والرهن
 فسقوط المأثم في هذا الفصل لا سفي الضمان وانما استوي في وجوب
 الضمان ان يكون اخذه ممن هو في يده بيدك وبغير يدك لان الضمان
 يجب لحق المالك فلا معنى لاعتبار فعل صاحب اليد في اسقاط البدل
 في احد الموضعين دون الآخر قال ولا يجب للمستحق ضمان على احد
 بغير قبض وتسليم منه اليه قابضه وذلك لان الغصب هو الثقل والتحويل

فاذا لم يوجد القبض ولا التسليم فمعنى الغصب لم يوجد فلذلك لم
 يضمن وذكر ابو الحسن عن سعيد بن زيد قال شهد علي رسول الله صلى الله
 عليه وسلم سمعته يقول من اقتطع مال امرئ مسلم فلا بارك الله له فيه
 وذكره شيخنا بن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 من حلف على مال ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقي الله تعالى وهو عليه
 غضبان وذكر حديث عطاء بن يسار عن ابي مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم
 قال ان اعظم الغلول عند الله ذراع من ارض يكون الرجلان جارين في الارض
 او في الدار فيقتطع احدهما من صاحبه ذراعا فاذا اقتطع طوقه الله من
 سبع ارضين قال ابو الحسن وما يباع عددا مثل البطح والسفرجل
 والربان وغير ذلك مما يباع عددا مما يختلف في الصغر والكبر ويتفاوت
 وهو ما لا يجوز قرضه ولا السلم فيه فعليه قيمته يوم قبضه
 مثل سائر العروض وذلك لان هذا يتفاوت في احاده تفاوتا كثيرا فهو
 كالشياب قال وانما يضمن المثل او القيمة اذا لم يقدر على الرد لان حق
 المالك في عين ماله فاذا قدر على ذلك لم تجز الرجوع اليه بدله الا برضاه
 ولان المقصود ازالة الظلمة فذلك يكون برد العين مادامت
 باقية فاما دفع بدلها مع القدرة عليها فهو ظلامة اخري لا تري
 انها لا تجوز في ملك الانسان الا باختياره وقال سوا عجز عن رده
 بفعله او بفعل غيره او بفعل الله عز وجل فذلك سوا وعليه القيمة وذلك
 لان الضمان وجب عليه بالغصب فهلاك العين لا يوجب الضمان وانما

عذرا الضمان الاول فلا فرق بين فعل الغاصب فيه وفعل غيره ولان
الرد يتعذر في الوجهين وهو السبب الموجب لتقرير الضمان
وما وجب فيه رد القيمة فعليه القيمة يوم قبض ولا ينظر
الى زيادة قيمة المغموص بعد القبض في السعر ولا في نقصان
ذلك لان القبض هو السبب الموجب فاعتبرت القيمة عند دون ما يحدث
بعده كالقبض في البيع الفاسد قاله ذلك لانه اذا زاد في بدنه لان هذه
الزيادة بغير فعله فلا تحدث مضمونه كالثوب اذا اقلته الريح
في داره قاله فاما ما نقص في بدنه فان كان قابلا فوده ضمن ما نقص
من بدنه ذلك لان الغصب متعلق بالقبض والابتياح يمكن افرادها
بالقبض فجاز افرادها لضمانه قال ولا يضمن اذا زاد ما نقص في
السعر وذلك لان نقصان السعر فتور حده الله تعالى في قلوب
العباد لا بوجوب بغير الاحكام الاتري ان المبيع اذا نقص سعره
في يد البائع لم يثبت للمشتري الخيار ولو نقص السعر في الرهن لم
يسقط شيء من الدين فكذلك في الغصب ولانه رد العين على الصفة
التي اخذها فلم يضمن كما لو لم ينقص السعر قال فان رده وفي بدنه
نقصان او في اوصافه او معناه مما يكون فيه عيبا لشيء دخله
في يد الضامن فعليه رد ما نقص من قيمته من يوم صار في يده
يقوم صحيحا لا عيب فيه ويقوم وبه العيب فينظر ما نقصه
العيب من قيمته ويضمن قدر ذلك لصاحبه اذا كان مما يجوز

٨٠٤
بيعه بجنسه متفاضلا وذلك لما بينا ان النقص الحادث في العين
مضمن على الغاصب والضمان متعلق بالقبض فوجب اعتبار قدر
النقصان من القيمة في حال وجوب الضمان وذلك يعلم بنقوم العين
على الصفة التي غصبها ونقومها على صفتها ناقصة ما بين القيمتين
هو نقصان العين وانما يجوز للمالك المأخذ العين مع النقصان فيما لان
ما فيه لانه لو باع العين بمثلها وزيادة جاز وانما اذا كانت العين مما
لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا قبل ان يعصيه حنطه فتصيرها
ما او غير ذلك من المحبوب او يعصيه لافضة او دراهم او دنانير فانهم شح
الاناني يد او كسر الدراهم فيصير عليه او الدنانير فيصير قراضه فان
صاحب ذلك بالخيار ان شاء اخذ ذلك ولا شيء له غيره وان شأ تركه وضمنه
مثله وقال الشافعي له اخذ مع النقصان لنا ان الغصب سبب من اسباب
الضمان فلا يجوز ان يسلم للمالك فيه مقدار وزن المضمون وزيادة
كالبيع ولان الغاصب اسقط عن نفسه ما وجب عليه من الضمان في دفع
العين والزيادة فكانه ملكه الفضة بمثلها وزيادة قاله وان كان انا فضة
فهو بالخيار ان شاء اخذ ذلك ولا شيء له غيره وان شأ ضمنه قيمته من الذهب
وان كان الاثمن الذهب فقيمه الفضة وذلك لان الصياغة حق للمالك
وقد فات بالكسر ولا يمكن احباب المثل لانه لا مثل للآباء ولا يمكن احباب النقص
لما فيه من الربوا ولا يجوز القضا بالقيمة من جنسه لان الصياغة اذا فاتت
جنسها فيها فيه ربوا لا قيمة لها فوجب ان يقوم بغير جنسه ليحصل حق

للمالك بكامله قال وكذلك النابتة الصغير والخاسر والشبه والرصاص وضمنه
قيمته من الذهب والفضة وذلك لان النابتة اذا سعت وزنا فصلها الربوا
في كالفضة والذهب **فصل** قال والعقار الذي لا يستطيع نقله
ولا تحويله وانما حال بينه وبين صاحبه فانه لا يضمن بالاستحقاق عند
ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول ابي يوسف للاخر ولا يقع عليه قبض
المغضوب فان تلف منه شي بفعل الغاصب بان يهدم منه شئ او يسكنه
فيهدم من سكنه او من شي من افعال ضمنه وكذلك غير العقار اذا كان انما
منع صاحبه منه بان حال بينه وبينه ولم يحول ذلك الشئ عن موضعه
وقال محمد لعصب العقار كما يغصب غيره وهو وغيره في حكم الغصب سواء
وجه قولها قوله صلى الله عليه وسلم من غصب شبرا من ارض طوقه الله
تعالى به يوم القيامة من سبع ارضين فذكر الماثل في الغصب ولم يذكر
الضمان فلو وجب الضمان لذكره ولان ما لا يجب القطع بسرقة لا يتعلق به
ضمان الغصب كالحرق لان العقار في المكان الذي كانت يد المالك بانية
عليه وانما منع مالكه منه وهذا المعنى لا يوجب الضمان كما لو غصب
المالك وسعه من حفظ ماله حتى هلك وكمن حال بين المالك وبين ماله ومنعه
منه ولان الغصب هو النقل والتحويل بدلالة ان محمدا قال في السير الكبير
فيمن ركب دابة غير ولم يحرفها عن مكانها فماتت تحته من غير فعله لم يضمن
لانه لم يوجد من جهته نقل وهذا المعنى بوجود في العقار وجه قول محمد ان كل
حكم يتعلق بالنقل فيما ينقل بعلق بالتحلية فيما لا ينقل كدخول العقار في ضمان

المشتري واما اذا هدم العقار وحفر الارض فانما ضمن لانه وجد
منه النقل والتحويل ولان هذا اطلاق وقد يضمن بالاتلاف ما لا يضمن
بالغصب كالجز واما ما يهدم بسكنه فقد تلف بفعله والعقار
يضمن بالاتلاف وان لم يضمن بالغصب وقد ذكر محمد في الرجوع
عن الشهادات في شاهدين شهد الرجل على رجل بدار فحكم الحاكم بشها
ثم رجعا ضمنا قيمة العقار فمن اصحابنا من قال هذا قول محمد خاصة
فاما على قولها فلا ضمان لان ضمان الرجوع يجري مجرى الضمان
الغصب ومن اصحابنا من قال المسئلة على الاتفاق والفرق
بينهما ان الشهود بشهادتهم اتلفوا الملك على المشهود عليه
بدلالة انه لو اقام السنه لم يقبل فضمنوا ضمان الملك لاضمان
الغصب وليس هذا كمن باع دارا ثم اقرها لغيره انه لا يضمن
عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه لا يجوز ان يضمن بالغصب
على اصلها ولم يتلفا للملك بدلالة ان المقر له لو اقام البينة
استحق الدار **فصل** وغصب ما يوجد في زمان دون
زمان اذا غصبه غاصب حينه ثم اختصما في حال انقطاعه
وعدمه فان ابا حنيفة قال حكم على الغاصب بقيمته يوم
يختصمون وقال ابو يوسف يوم غصبه وقال محمد حكم
بقيمته عند اخر انقطاعه وجه قول ابي حنيفة ان انقطاع
المغضوب من ايدي الناس لا يوجب سقوطه من الذمة

بدلالة ان المالك لو انتظر الى وقت عوده كانت له المطالبة بمثله ولو احضر
الغاصب المثل في حال الانقطاع وتكلف ذلك اجبر المالك على اخذه واذا كان
المثل ثابتا في الذمة والمطالبة متعلقة به وجب اعتبار قيمته يوم النقل
كبيع مال اليتيم لما كان القاضي يتقل ملكه عنه بالبيع اعتبرت قيمته عند
النقل ولا يلزم عليه هنا من غضب ما لا مثل له ان عند ابي حنيفة الثابت
في الذمة المثل ومع ذلك تجب قيمته يوم الغضب لان المثل وان كان في
الذمة عند المطالبة لا تتعلق به وفي مسيلتنا قد بينا ان المطالبة
متعلقة به وجه قول ابي يوسف انه لما تعذر ارجاب مثله صار كأنه
في الاصل ما لا مثل له فيجب قيمته يوم الغضب وجه قول محمد
ان الغاصب كان مأمورا برده في كل حال فلما لم يردده اخر ما وجد
مع امكان الرد حتى يعذر ذلك صاحب كانه استهلكه في ذلك
الوقت فيلزمه قيمته فيه **فصل** **قال** وان غضب
حيوانا فراد في يده في يد الغاصب فباعه الغاصب وسلمه
وسلمه الى مشتريه او اخرجته عن يده الى يد غيره مستحقته
وهو زايدي في يده فان ابا حنيفة قال ان كان قايما في يد الثاني
فله ان ياخذ ويفسخ ما فعله الاول وان كان قد هلك في يد الثاني
فصاحبه بالخيار ان شا من الاول قيمته يوم غضبه وان شا
ضمن الثاني قيمته زايدي يوم قبضه من الاول وليس له ان يضمن
الاول الزيادة التي زادت في يده وقال ابو يوسف ومحمد ان شامن

الاول

١٠٦

الاول قيمته زايدي يوم سلمه الى الثاني وان شامن الثاني قيمته زايدي
يوم قبضه وهذه المسئلة ذكرها في الاصل من غير خلاف ان المالك
بالخيار في التضمن لانيهما شا الاصل في الزيادة وانما روي ابن سبعة
عن محمد قول ابي حنيفة فيجوز ان يكون ما ذكر في الاصل قولهما
ونجوز ان يكون في المسئلة روايتان وجه قول ابي حنيفة ان
الزيادة عند ردها على ما قدمنا فاذا باع وسلم لم يحل اما ان يضمنه
الزيادة مفردة عن ضمان الاصل او يضمنه اياها مع ضمان الاصل
ولا يجوز تضمينها مفردة لان ضمان الغضب يتعلق به التملك
وهذه الزيادة لا يصح افرادها بالتملك فلا يصح افرادها بال ضمان
الذي يتعلق به التملك ولا ان الضمان يتعلق بسببين البيع والغضب
فاذا لم يجز افراد هذه الزيادة بضمان البيع فلذلك لضمان الغضب
ولا يجوز تضمين الزيادة مع الاصل لان ذلك لا يخلو من ان يوجب
ضمان الاصل والزيادة مع بقاء الضمان الاول ويسقط الضمان
الاول ويتجدد على الاصل والزيادة ضمان اخر ولا يجوز ان يوجب
الضمان الثاني مع بقاء الاول لان الضمان من اسباب التملك
ولا يجوز ان يثبت في العين الواحدة للواحد حق التملك من وجهين
كل واحد منهما يوجب ملك جميعها كما لا يكون مضمونه عليه بالشري
والغضب ولا يجوز اسقاط الضمان الاول وتجديد الضمان
لان السبب الموجب للضمان الاول هو القبض فلا يجوز اسقاط

الضمان مع بقا سبيده ولانا لو اسقطنا الضمان الاول لسقط بفعل الغاصب
من غير حضور المغضوب منه ولا رضاه وهذا لا يجوز واذا بطلت
الوجوه التي قسمناها لم يبق الاستقوط ضمان الزيادة ولا يلزم علي هذا
اذا زادت قيمة العبد فقتله الغاصب لاننا لم نوجب عليه ضمانا اخر
مع بقا الاول الا ترى ان القتل اما ان يكون خطأ او عمدا فان كان عمدا
فموجب القصاص وان كان خطأ فالضمان على العاقلة دون القاتل ونحن
لا نمنع من وجوب الضمان على اثنين في عين واحدة لان ضمان القتل من غير
جنس الضمان الاول ويجوز ان يتجدد علي الضمان ضمانا اخر من غير جنسه
وان لم يتجدد عليه ضمان من جنسه ولا يلزم علي هذا المحرم اذا صاد
صيدا افراد في بدنه ثم باعه وذلك لان ضمان الصيد لا يتعلق به التملك
ونحن قلنا ان الزيادة اذا لم يجز افرادها بالتمليك لم يجز افرادها بضمانه
ولا يلزم من غضب جارية عورا فزال البياض من عينها فضررها الغاصب
فعاد البياض وذلك لان البياض لما زال فارقتها فصادت كالزيادة المنفصلة
عنها فاذا اضرها فعاد فهو في حكم المتلف لزيادة منفصلة فتعلق به الضمان
المنفرد عن الجملة وجه قولها ان التسليم غضب مبتدأ قد حصل في الاصل
والزيادة والعين المغضوبة اذا زادت ثم جدد الغاصب سببا
للضمان صمنت الزيادة كما لو قتل العبد واما المشتري فانه يضمن
قيمتها زائدة ولا نقتضيه حصل فيها مع الزيادة وانما يجب عليه
الضمان من حال قبضه فاعتبرت القيمة في ذلك الوقت

فصل ولو كان الحيوان ولدا في يد الغاصب ولدا فبا عيها
جميعا وسلمها الى المشتري فمغضوب منه ان ياخذها ان كانا قايمين وان
كانا قد هلكا فان شاع من الاول قيمة الام ليوم غضبها وقيمة الولد يوم
سلمه في قول ابي حنيفة وليس له ان يضمته قيمة الام يوم سلم الام وعلي
قول ابي يوسف ومحمد يضمن الولد يوم سلمه وهو في الام ان كانت زادت
في بدنها فالحيار على ما قدمنا والاصل في هذا ان الولد اما انه في يد الغاصب
لانه حدث في يد غيره فعليه كالثوب اذا القته الزح فاذا باعه وسلمه
ضمنه بالتسليم كما يضمن الوديعة اذا باعها وانما جاز افراد الولد بالضمان
لانه يجوز افراده بالملك فجاز افراده بالضمان الموجب للملك **فصل**
قال ومن استخدم عبد رجل بغير اذنه او بعثه في حاجه او قاد ابيه له او
ساقها او ركبها او حمل عليها شيئا بغير اذنه فاحقه فهو ضامن لذلك فان
عطب بشي اصابه وهو في خدمة الذي استخدمه او في مضيه في حاجته او ما
خلفه في ذلك فالفاعل لذلك ضامن لانه قد صار ما فعل من ذلك في يد
الفاعل وذلك لان استخدام العبد والحمل على الدابة تصرف فيهما الا ترى
ان بيد المستخدم ثابتة بالاستخدام بدلالة ان المالك لو وجد كان القول قول
المستخدم ابدله واذا ثبت يد عليه بغير رضي المالك كان غاصبا فضمن
قال ولو جلس على فراش رجل بغير اذنه او على بساط او دخل داره بغير
اذنه وليس في الدار احد لم يكن غاصبا للدار عبد ابي حنيفة وابي يوسف
وكذلك لو سكنها وهو غاصب عند محمد وذلك لما بينا ان ضمان الغصب يتعلق

به الضمان واما مسئلة العقار فقد قدمنا **باب**
ما يلحق العبد العصبية **يد العاصب**
مما يجب بر عليه ضمانه قال ابو الحسن واذا غصب
الرجل عبدا او جارية فابو العبد في يد العاصب ولم يكن ابو قبل ذلك
او زنت الامة في يده ولم يكن زنت قبل ذلك او سرق فعلي العاصب
ما نقص العبد او الجارية من نقص السرقة والاباق وما نقص
من عيب الزنا والسرقة وذلك لان هذا عيب دخل الحق المصوب في يد العاصب
فكان في ضمان العاصب كسائر العيوب ولا يقال ان العبد بحاله لم ينقص شي من
رقبته وانما نقصت قيمته ونقصان القيمة ليس بمضمون علي العاصب
لان هذه عيوب لازمة لرقبه العبد بنقص القيمة لاجلها فهي كالعيوب في
الخلقة فاما نقصان القيمة بغير عيب فليس له تعلق برقبة العبد فكذلك لم يضمنه
العاصب قال ولذلك كل ما حدث في يد العاصب مما ينقص قيمته او يكون عيبا
من عيوب الابدان من عور او سلل او قروح او خراج فان المولى تاخذ ما غصب
منه وتأخذ من العاصب ما نقصه العيب من قيمته ينظر الي قيمة العبد صحيحا
ليس ذلك العيب به وينظر الي قيمته وبه هذا العيب فيغرم فضلا بينهما
وذلك لان هذه العيوب توجب فوات اجزا كانت مضمونة علي العاصب وقد
بيننا ان الاساع يكن افرادها بالغصب فلذلك افردت بضمن الغصب قال
ولو كانت الامة حيلة في يد العاصب من زني فان المولى ياخذها وياخذ ما نقصها
من العاصب فان زال ذلك العيب في يد المولى فان كان بياضا في عيניה فارفع او حمت

في يد العاصب فزال الحجي عنها حين ردها او كانت حاملا فولدت وقد كان اخذ من العاصب
ما نقصها فان المولى ردها او ولدته او نحر البياض ونقص الحجي وذلك لان الضمان واجب بالنقص
بالحمل والمرض فاذا زالت كان لم يكن فوجب رد الارش وبيننا ان المولى احد ما ليس
بمستحق قال فاما الحمل من الزني فان ابا يوسف قال انظر الي ما نقصها الحمل
وارش عيب الزني فان كان عيب الزني اكثر ضمن ذلك العاصب ولم يرد المولى شيئا
وان كان ارش الحمل اكثر رد الفصل عن ارش الزني ذلك لان العيب الحاصل في
الحمل والزني سبب واحد فيدخل الاقل في الاكثر كمن قطع يد رجل فمات لما
اوجبا لقطع ارش اليد وبدل النفس وتعلقا بسبب واحد دخل الاقل في
الاكثر وهذا استحسان وكان القياس ان يضمن الامرين لان كل واحد منهما حدث
عيب في يده فصار كالعينين المختلفين ومن اصحابنا من روي عن محمد انه قال بالقيار
واذا ثبت هذا فقد زال عن الامة عيب الحمل بالولادة وبقي عيب الزني فان كان
عيب الزني اكثر من عيب الحمل فقد غرم العاصب عيب الحمل فوجب ان تخبر ضمان
عيب الزني فان كان عيب الحمل اكثر بمقدار عيب الزني مستحق لانه لم يزل وما زاد علي
ذلك فقد زال بزوال الحمل فوجب رده علي العاصب قال فان ردها العاصب
حاملا او سارقة او زانية فمات في يد المولى من الولادة او جنت في يد الزني او قطعت
يدها في السرقة فان العاصب يضمن في جلد الضرب الاكثر فما نقصها الضرب ومما
نقصها الزني فان كان ارش الضرب اكثر ضمن ذلك وحصل ارش الضرب فيه ويضمن
العاصب اذا قطعت يدها نصف قيمتها فان ماتت في الولادة ضمن قيمتها كلها
قال ابو يوسف هذا في السرقة والزنا قياس قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف

يضمن ارش السرقة وارش الزني ولا يضمن الحد يعني ما نقص الضرب فاذا مات
 من الولادة وبقي ولدها فان اباحنيغة قال يضمن قيمتها الغاصب وقال ابو يوسف
 لا يضمن الا ما نقصها الحبل خاصة وهو قول محمد اما اذا زنت فردت على المولي
 فحدث فقد ازيلت يد المولي بسبب كان في يد الغاصب فكان الغاصب
 ردها اليه فخلدت فيه فيضمن نقصان الضرب وقد ضمن نقصان الزني
 وهما جميعا متعلقان بسبب واحد فيدخل احدهما في الآخر ولا يقال من اصل
 ابى حنيغة ان شهود الزني اذا رجعوا بعد الجلد لم يضمنوا نقصان الضرب
 فكيف ضمن الغاصب في مسئلتنا وذلك لان الشهود انما يضمنون ما اوجبهم
 بشهادتهم دون غيرهم وامر الضرب ليس بموجب للشهادة الا ترى انه قد جلد
 فيتم للضرب اثر وقد جلد فلا يبقى للضرب اثر فلو كان ذلك من موجب الشهادة
 لم يغفل عنها واما في مسئلتنا فالغاصب يضمن ما كان يفعل ويغير فعله وارالة فعله
 يد المولي بسبب كان في يده كرد العبد اليه وكان نقصان الضرب حدث قبل
 يده فيضمنه الغاصب سواء كان موجبا بالزني او غير موجب واما اذا قطعت
 في السرقة فقد ازيلت يد المولي عنها بسبب كان في يد الغاصب فكانه ردها
 اليه فقطعت وانما لم يعتبر ابو حنيغة في هذا الفصل الاكثر من نقصان
 القطع ومن نقصان عيب السرقة لان الغالب ان نقصان القطع اكثر من
 نقصان السرقة فذلك ضمنه الاكثر وسكت عن الاقل وان تصور ان نقصان
 السرقة اكثر من نقصان القطع لعال انه يضمن الاكثر منها كما قال في نقصان
 اثر الضرب وانما قال ابو يوسف ان مسألة الزني والسرقة قياس قول ابى حنيغة

لانه قاسه علي من باع عبدا سارقا فقطع في يد المشتري ان ذلك من ضمان
 البايع لان يد المشتري زالت بسبب كان في يد البايع فكانه رده اليه
 فقطع واما اذا ماتت من الولادة فابو حنيغة يضمن الغاصب قيمتها لان
 الحبل عيب حصل في ضمانه والولادة موجب له الا ترى ان الجلد لا بد له من وضع
 فصار كالقطع الموجب بالسرقة وكالجلد الموجب بالزني ان الغاصب يضمنه
 وان حصل في يد المولي لما كان موجبا بسبب يده ولم يشرط ابو حنيغة في هذا
 الفصل الاكثر لان ضمان جميع القبة يزيد على نقصان الحبل وقال ابو يوسف
 ومحمد في المسائل الثلاثة يضمن الغاصب نقصان الزني ونقصان السرقة
 ولا يضمن ما زاد علي ذلك لانه لما رد للجارية الي المولي يري من ضمانها بالرد
 ووجبت عليه ارش العيب وما حدث من الضرب والقطع والموت فقد
 ذلك فهو عيب في يد المولي بعد زوال ضمان الغاصب وكان المولي وعلي هذا
 قال في المشتري اذا قتل العبد في يده بالغصاص او قطع بالسرقة انه يرجع
 علي البايع بنقصان وجوب الغصاص ونقصان السرقة ما سوي ذلك من
 ضمان المشتري لانه حدث بعد زوال يد البايع وخروج العبد من ضمانه واما
 اذا ماتت من الولادة وبقي ولدها فقد ذكر في الاصل ان الغاصب يضمن
 قيمتها يوم الغصب قال ابن سماعة قلت لمحمد لم يضمن قيمتها نافية بالولادة
 وخير نقصان الولادة بالولد فلم يجب بجواز ان يضمنه وقد قالوا في
 الغاصب اذا قتل الجارية وولدها وفيمة الجارية الف وقد نقصها الولادة
 مائة فنجبر نقصان الولادة ببقية الولد والعرق بينهما ان الجارية اذا ماتت

فليس هناك حال تجب قيمتها الاحال الغصب وهي كاملة في ذلك الحال فاذا
ضمن الغاصب قيمتها بكاملها استغني عن الجبر فذلك لم يجبر نقصها بالولد فاما
في مسألة القتل فالحال حال اخري يجب فيها الضمان عن حال الغصب وهي حال
الاستهلاك ويمكننا تضمينه قيمتها في تلك الحال ناقصة وتجبر تمام قيمتها
بالولد قالوا ماتت في يد المولي من الحمي التي حدثت بها في يد الغاصب لم يضمن
الغاصب الا ما نقصتها الحمي في قولهم وذلك لان الموت ليس بموجب الحمي والموت
لا يحدث من الحمي التي كانت في يد الغاصب وانما تلك الحمي توجد امراض الام وتكاثر
الام بما يتجدد من الحمي وبعد فموت من ذلك واذا لم يكن الموت موجدا بالحمي يضمنه
الغاصب فاما الحمي ففي نقص حادث في يده فيلزمه ضررها قالوا اذا جلت
عند الغاصب من زوج كان لها في يد المولي فلا ضمان على الغاصب في شيء من ذلك
وان ماتت من الحبل وكذلك لو ماتت في يد الغاصب من اجبال المولي لها وذلك
لان التلف حصل بسبب من جهة المولي فهو كما لو قتلها في يد الغاصب قال
ولو غصب رجل امة محرومة او حبي او بها جراح او مرض فماتت من ذلك في
يد الغاصب فانه ضامن لقيمتها وبها ذلك المرض وذلك لانها تلفت في يد الغاصب
بغير فعل المولي فكانها ماتت من غير سبب ولم يجعلوا موتها بحبل كان في المولي
وجعلوا موتها في يد المولي بحبل كان في يد الغاصب كموتها في يد الغاصب وذلك
لان الحبل في يد الغاصب مضمون عليه فما يتولد منه من ضمانه والحبل في يد المولي
ليس بمضمون فما يتولد منه لا يضمنه كالحادث في يد المولي قال ولو غصب رجل
جارية او عبدا فقتل في يده قتلا او جني في يده جناية علي عبدا وحر عن نفسه

١٨ -
او فيما دونها او استهلك لرجل مالا فان العبد يرد علي سيده ويقال
للسيد ارفع جنيته او اقل بارش الجناية ويقال للسيد في استهلاك
المال بعه فيما لحقه من الدين الا ان يختار ان يودي عنه الدين فان فداه من
الجناية او دفعه او باعه من الدين او اداه عنه فان السيد يرجع على الغاصب في
الجناية بالاقل من قيمتها ومن ارش الجناية وفي استهلاك المال بالاقل من قيمته
وما ادي عنه من الدين وانما وجب رد العبد على المولي لان امساك الغاصب
معصية فوجبا لا بتدابير فها ثم مخاطب المولي بحكم الجناية والدين لان
موجب الجناية الدفع او الفداء او الدفع تملك لا يملكه الا المولي وموجب
الدين البيع وذلك لا يملكه الا المالك فاذا اختار المولي الدفع او الفداء او البيع
في الدين او قضاه رجع على الغاصب لان ذلك استحق على المولي بسبب كان في
يد الغاصب فكان الغاصب اخذ ذلك القدر من ماله فسلمه وانما رجع
عليه بالاقل لانه كان يقدر ان يتخلص بذلك من الجناية وانما لزمته
الزيادة باختياره فلا يرجع بها على الغاصب قال فان غصب رجل رجلا امة
فولدت في يد الغاصب ومات ولدها فعليه ان يرد ما نقصها
الولادة ولا شيء عليه من قيمة الولد وذلك لان نقصان الولادة فوات اجزا
من العين المغصوبة فيضمن الغاصب ولما ولد المغصوبة اذا ماتت من
غير فعل الغاصب فلا ضمان عليه فيه وقال الشافعي عليه قيمته لنا انه
حدث في يده بغير فعله فحدث امانه كالثوب اذا القته الترح في داره
ولا يقال ان الثوب لم يحدث بسبب هو فيه متعدي والولد حدث من

سبب هو فيه متعدي لان من جلس في الطريق فالقتل ترج عليه ثوبا
فحرق فلا ضمان عليه فيه وان كان متعديا في الجلوس ولا يلزم على ما ذكرنا
وللا صيد لانه حدث عندنا امانة وانما صار مضمونا لان الله تعالى
هو المالك له وقد امر برده فصار كالمالك في مسيلتنا اذا طالب
برد الولد فمنع منه واذا ثبت ان الولد امانة لم يضمن الا يضمن به
الامانات من التعدي او المنع قال ولو كان الولد باقيا معها رها وولدها
وحين نقص الولادة فاروا بذلك وزادت قيمة الولد على النقص
فلا شيء على الغاصب من نقصان الولادة وان كانت قيمة الولد اقل من
قيمة النقصان سقط من نقصان الولادة قيمة الولد وغرم ما فضل
من النقص عن قيمة الولد وهذا استحسان والقياس لا يجبر
نقصان الولادة بالولد وهو قول زفر وجهه ان الولد ملائ
للمولى والنقصان يحدث في ملكه فلا يجبر ماله بماله وجه الاستحسان
ان الولادة فوتت جزا وافادت مالا فوجب ان يجبر الغائب بالفايد
كم قطع يد المفضوبة فاخذ الغاصب رثها اداه في نقصانها وكم
قطع شيا فنبتت لما اوجب الحد نقصان جزا وافاد مثله لم يضمن ولانه
غصب جملة وردها متفرقة الا تلزم هذا اذا قطع الغاصب اغصان
الشجرة فنبتت او جزء من الشاة فنبتت فانه يضمن النقصان
ولا يجبر ذلك الحادث لان الغاصب لا يضمن نقصان الشجرة ولا نقصان
الشاة وانما يضمن نقصان الغصن المقطوع والصوف المقطوع وذلك

لم يحدث فيه زيادة فاذا ثبت ان الولد يجبر به النقصان فان كان النقصان
اكثر منه قام الولد مقام ما بازا به وغرم الغاصب فضل النقصان
كما لو لم يكن هناك ولد وقال ابو يوسف لو ماتت ومات ولدها في يدي
الغاصب ضمن قيمة الام يوم قبضها ولم يضمن قيمة الولد لان الولد لما
وكان لم يكن فاذا عدم الغاصب قيمتها يوم الغصب فقد دخل نقصان الولد
في ذلك قال ولو كان الغاصب قتل الولد او باعه صار ضامنا بقيمته مع
قيمة امه اذا كانت الولادة لا تنقصها لان الولد امانة فيضمن بالقتل
كما تضمن الوديعة قال فان نقصها الولادة مائة والولد يساوي مائتين
ضمن قيمة الام يوم غصب وضمن من الولد نصف قيمته دخل النصف
الذي بطلت قيمة الام قال ابو يوسف اذا ضمن الغاصب قيمة تامة بغير
نقصان حطت ذلك النقصان من قيمة الولد وان ضمنته قيمتها يوم
ولد ضمن قيمة الولد تامة وذلك لان الضمان يجب يوم الغصب ويستقر
بهلاكها فوجبا اعتبار قيمتها في تلك الحالة واذا غرم قيمتها تامة وقد
اتلف الولد ونقصه كان يجبان تجبر به نقصها فصار كانه ضمن بعض
الولد فيلزمه ضمان باقيه واما قوله وان ضمنته قيمتها يوم ولدت
ضمن قيمة الولد تامة وليس من حيث الحكم لان الحاكم لا يضمنه قيمتها
الا يوم الغصب الا ان حدث به سبب للضمان بخالف الضمان الاول
وانما عني ابو يوسف بهذا انه دفع هذا القدر من الضمان فيلزمه قيمة الولد
وقال محمد في الاصل لو ماتت الجارية وبقي ولدها قال باخر ولدها ويضمنه قيمتها

يوم غضبها و هذا مسلمة بن سماعه وقد بيناها الا انه لم يذكر في الاصل
ان الولادة نقصتها ومتى لم تنقص فلا شبهة في ضمان جميع القيمة لانه
ليس هناك نقصان حتى تحبل بالولد قال ولو غضب جارية شابة
او غلاما شابا فجرت الجارية وهرم الغلام فان المولى يلخذ جاريته
وغلامه ويضمنه ما تنقص من القيمة يوم غضبه وذلك لان الكبير
يوجب قووات اجزا من العين وفوات الاجزا مضمونة على الغاصب
قال واذا غضب الرجل عبدا قيمته الف درهم فزادت قيمته بعد الغضب
حتى صار ثلثين ثم قتله قاتل كان المولى بالخيار ان شا من الغاصب قيمته
الف يوم غضبه وان شا من القاتل قيمته يوم قتل على العاقلة العين
وذلك لانه لم يثبت له ضمان من وجهين ضمان الغاصب بالغصب
و ضمان القاتل بالقتل وله في كل واحد منهما عرض فيضمن يكون مجلا ولا يضمن
فيه الزيادة على ما قدمنا ان زيادة البدن امانة وان شا من عاقلة
القاتل فاستوفى ضمان الزيادة الا انه يتاجل بخير بين الامرين قال فان
ضمن الغاصب الف قيمته يوم غضبه رجع الغاصب على عاقلة القاتل
بالعين وتصدق بالفضل وهو الف وهذا فرع على اصلنا ان الضمان
سبب للملك فاذا ضمن الغاصب ملك من وقت الضمان فكان القاتل
قتله على ملكه فرجع على عاقلة بغيره وبقيته والدليل على ان الضمان يملك
به خلاف ما قال الشافعي ان البدل الذي ياخذ المالك بدل عن العين
دون الحيولة الا ترى انه يختلف بحسب العين وان الحيولة لا قيمة

لها واذا كان بدلا عن العين فقد ملك المغصوب بدلا العين بكمال العين
مما يصح نقل الملك فيها فوجب ان يملكها كمنوط جارية ابنه فاجلها وكمن
اعنوعيد مشتركا وهو موسر فضمن قيمة نصيب شريكه ولا يلزم على
هذا المحرم اذا ضمن قيمة الصيد لان العين لا يجوز نقل الملك فيها البتة
فكذلك لم يملكها واما قوله انه يتصدق بالفضل فلانه حصل له محذور
قال ولو كان العبد هو الذي قتل نفسه في يد الغاصب ضمن الغاصب
قيمتة ايضا الف درهم يوم غضبه ولا يضمن قيمته يوم قتل نفسه وذلك
لان قتل الانسان لنفسه لا يتعلق به حكم من احكام القتل فصار كموته
بافة من السهامان قيل جناية المضمون في يد الضامن كجناية الضامن فصار
كان الغاصب قتله فيضمن الزيادة قلت جناية المضمون على غيره كجناية الغاصب
فاما جانيته على نفسه فلا حكم لها في الاصول فلا يضمن كجناية الغاصب
لان الزيادة في مدته امانة فكان العبد الغصب ائلف وديعة لمولاه قال
ولو غضب امانة فولدت ثم قتلت ولدها ثم ماتت فانه يضمن قيمة الام الف درهم
يوم غضبها ولا يضمن الولد وقتلها ولدها بمنزلة موته وذلك لان الولد امانة
في يد الغاصب فكانها ائلفت وديعة لمولاهما قال بشر عن ابي يوسف في
رجل غضب رجلا عبدا صغيرا فتشا وكبر فلم يغصوب ان ياخذ وكذا ذلك
لحيوان كله وذلك لان هذه زيادة حصلت من مال المغصوب فهي على ملكه
قال وان وجد المغصوب عبدا شيخا كبيرا فان كان للصبي عليه فضل
في قيمته اخذ النقصان مع ذلك وهذا على ما قدمناه وقال هشام

سمعت محمدا قال لو غضب رجل رجلا امة شابة ما هدا فانكسرت يداها
عنده كان هذا عيبا وذلك لان هذه صفة تغيرت في يدا الغاصب
فوجب نقصان القيمة فكانت من ضمانه قال وان كان المعضوب مملوكا
اسرد فخرج وجهه فليس بعيب والشيخوخة عيبا وغضب غلاما
شابا فصار شيخا في يده فانه يقوم شابا ويقوم شيخا فيضمن فضل
ما بينهما وذلك لان القيمة جمال الرجل وزيادة وليست بنقصان
بدلالة ان من حلقها فلم تثبت غرم ارضها والزيادة لا توجب الضمان فاما
الكبر فهو نقص وقد قدمناه قال ولو غضب عبدا قاريا ففنى القران
غضب خبازا ففنى الخبز او غضبه وهو يحسن شيئا من الاعمال ففنى
ذلك وذهب عنه في يدا الغاصب فانه يقوم على عمله ذلك ويقوم
وهو لا يحسن شيئا من ذلك فيضمن النقصان وذلك لان هذا نقص صفة
حصل في يدا الغاصب ولا يقال ان عدم الصناعة ليس بعيب
بدلالة ان من اشترى عبدا فوجده لا يحسن الخبز لم يرد به بالعيب
وذلك لان هذا وان لم يكن عيبا الا انه اذا وجد فهو زيادة وان
عدمت صار نقصا ولهذا لو شرط في البيع انه خباز فوجده لا يحسن
كان له الخيار قال ولو ابى العبد الغضب في يدا الغاصب فاجعل في قول
ابي يوسف على المولى ولا يرجع به على الغاصب ولكن يرجع على الغاصب
بما نقصه الا باق وقال محمد يرجع المولى بالجعل على الغاصب وجه قول
ابي يوسف ان يجعل يستحق على المولى لاعادة يده فوجبان يكون عليه

كما لو لم يكن مغضوبا ولا ان يجعل لرد ما فات في يدا الغاصب فصار كمد او اوة
الجراحة فيكون على المولى واما العيب بالاباق اذا لم يكن العبد اباق قبل ذلك
فهو يضمن جدا في يدا الغاصب فما يلزم عليه من الغرم في ماله ولا نه سقط
بذلك عنه ضمان العبد فصار منفعة له فوجب عوضه عليه
باب الرجل يغضب الشيء شيئا غير
عنده في صفته دون عينه قال

ابو الحسن ولو ان رجلا غضب رجلا عصيرا فصار خلا او لبنا حلييا فصار
مخضيا او عنبيا فصار زبيبا او رطبيا فصار تمرافان ابا يوسف قال المعضوب
بالخيار ان شا اخذ الذي غضبه منه بعينه ولا شيء له غيره وان شا ضمنه
مثله وسلم اليه وهذه رواية ابن الوليد عنه في الاملا في كتاب الغضب وذلك لان
العين المغضوبه دخلها نقص في يدا الغاصب فكان من ضمانه ولا يمكن تضمين
النقصان مع اخذ العين لان العصور واللبن يثبت فيه الربا فاذا سلمت
له العين وزيادة لم يجز على ما قدمنا فان اخذ العين سقط حق التضمين
وان طالب بمثلها سلم العين الناقصة الى الغاصب قال وان غضب
ثوبها فقطعه قميصا او قبا ولم تحطه فالمعضوب بالخيار ان شا اخذ
ناقصا مقطوعا وضمنه ما نقص القطع وان شا تركه وضمنه قيمة
العين والنوب يوم غضبه وذلك لانه لما قطعه فقد فو القرض
المقصود منه الا تري ان الثوب اذا قطع منه قميص لم يكن ان يقطع
من ذلك غير القميص اذا نقص المعضوب نقصا كثيرا كان مالكة التضمين

جميع قيمته كالوقطع الغاصب فوايم الدابة ولانه فون المنفعة المقصود
من العين فصار كمن غصب زيبيا فخلطه بزيبيا ردى منه وانما كان
له ان يضمته نقصان التوب لان الزيادة لا تثبت فيه فاذا اخذ المقطوع
مع الارش فكانه ملكه ثوبا بثوب وزياؤه قال وان غصب شاة فذبحها
قال بشر روي عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان صاحب الشاة بالخيار ان شا
اخذها ولاشي له غيرها وان شأتركها وضمته قيمتها يوم غصبها وكذلك روي
الحسن بن زياد عن ابي حنيفة قال ابو الحسن عن ابي حنيفة ولذلك ان سلمها حين
ذبحها او قطع لحمها اعضاء لم يطبخها ولم يشوم والراس قايم والجلد باق والاكايع
والبطن كان المغصوب بالخيار ان شا اخذ ذلك ولم يكن له غيره وان شأضمته قيمتها
حية وقال محمد بن الاصل وغيره ان شا اخذ الشاة واخذ ما نقصها وان شأتركها
واخذ قيمتها حية وجه رواية بشر والحسن ان المقصود من الشاة اللحم
والذبح بغرم عليه الاغراض فصار في معنى الزيادة فاذا سلم الغاصب لم
يجز ان يلزمه ارش النقصان وانما ثبت للآخر تضمين الغنة لانه فوت
عليه الغرض من العين وان كان الذبح زيادة فيها وجه رواية محمد
وهي الصحيحة ان الذبح نقص في الحيوان والربا لا يثبت فيه فصار
كقطع الثوب قال ولو غصب تبر ذهابا وتبر فضة فصاغه اناء
او حلية او انية او ضرب تبر الفضة دراهم وتبر الذهب دنانير
كان للمغصوب ان ياخذ ذلك اجمع ولا يعطيه بعمله شيئا وقال ابو يوسف
ومحمد لا سبيل للمغصوب على شي من ذلك وعلى الغاصب مثل التبر

الذي

الذي غصبه وجه قوله ابي حنيفة ان الصياغة في الذهب والفضة
لا تخرجها من حكم جنسها الا ترى ان الاسم بحاله وعامة المنافع لانه
يمكن ان يعمل منها بعد الضرب ما كان يعمل من قبل وسقوط حق المالك عن
العين كمن غصب حديدا فضربه انية وهذا ليس بصحيح لان الحديد ان يبيع
بعد ضربه وزنا فهو كالفضة والخلاف فيهما سواء ذكر ابو الحسن عقيب
هذه المسئلة وانما سقط حق المالك اذا لم يبيع وزنا لان الاسم زال الا ترى
انه لا يقال لا يرحل ولا يرحل ودال المعنى فلذلك سقط حق المالك قال فان غصبه
شيئا من الحيوان فكبر وزادت قيمته فلم يغصوب ان ياخذ ولاشي للغاصب
من زيادة وكذلك لو غصبه شيئا من الحيوان جرحا او مريضا قد اواه حتى
برأ وصح فله ان ياخذ ولا يزد عليه شيئا وذلك لان الزيادة بما مال للمغصوب
وقد تبرع الغاصب بالاتفاق على ملك غيره فلا يرجع عليه بشي قال وكذلك
لو غصبه ارضا فيها زرع او نخل او شجر فسقاه الغاصب وانفق عليه حتى
انتهى بلوغه ثم حضر المغصوب منه فله ان ياخذ وكذلك لو كان النخل اطلع
في ملك قايين ولحقه وقام عليه حتى تنها هي عظمه فهو كله للمغصوب ولاشي
للمغاصب من نفقته لما قدمنا انه لما حدث من ملكه وقد تبرع الغاصب
بالاتفاق عليه قال ولو كان حصيد من الزرع شيئا فاستهلكه او اخذ من
التمر شيئا فأكله او جز صوف الغنم او حلبها كان ضامنا لذلك كله يرد على المغصوب
مثله فيما له مثل وقبته ما لا مثل له وذلك لان الزيادة في يد الغاصب امانة
فاذا اثلغها ضمنها كالوديعة **باب الغصب**

بنغير بن زيادة فيه مملك الغاصب
أوبعله قال أبو الحسن وإذا غضب الرجل من الرجل
حنطة وطحنها فان اباحنيغة ومحمد قال لا سبيل له من الحنطة
علي الدقيق ولذلك روي أبو الحسن عن أبي حنيفة وعلي الغاصب
مثل ما غضبه وقال ابن سماعة عن أبي يوسف لا يأخذ المغصوب
الدقيق مكان الحنطة ولكن اباع الدقيق واشترى له حنطة مثل
حنطته وهو الحق بذلك من جميع الغرما ان مات الغاصب لانه
شبهه فهو احق به من غيره وكذلك لو غضبه دقيقا فحتم او غزله
فنسجه او قطنا فغزله ونسجه فهو مثل ذلك يباع له فيعطي مثل
قطنه ومثل طعامه ان ابا الغاصب ان يدفع ذلك اليه وروي
ابن سماعة في موضع اخر ان رب الحنطة بالخيار ان شأتمته حنطة
مثل حنطته ودفع اليه الدقيق وان شأ أخذ ذلك الدقيق وامر
الطاحن لانه متاعه بعينه استفتح ان يحكي رجل مفلس يغرم الى الف
كر الرجل فيطبخه ثم يهبه لابن له صغير فلا يكون لرب الطعام على
الدقيق سبيل وكذلك ان وهبه الغاصب وباعه او تصدق به
فان ذلك كله باطل ولربا الطعام ان يأخذ شبهه وكذلك لو غضب
لجافشواه او بطخه وكذلك ان غضبه سمسا زيتونا فعصره وكذلك
لو غضبه شرابا فلبنه او بطخه اجرا او اتخذ منه آنية الخزف وجعله
جيا با فان لم يكن للتراب ثمن فلا شيء عليه ولا بأس ان ينتفع به قال

الشيخ وجملة هذا ان الغاصب اذا زال الاسم وعامة المنافع الباقية
من العين بزيادة من جهته زال ملك المالك عن العين عند أبي حنيفة
ومحمد وملكها الغاصب بالضمان وروي عن أبي يوسف ثلث روايات
منها رواية ابن سماعة ان حق المالك لا يسقط ولكن ملكه يزول
وباع له العين في دينه ورواية ابن سماعة ايضا ان له ان يأخذ
الدقيق ويبري الغاصب من الضمان وروي الحسن بن زياد مثل قوله
حنيفة وكذلك رواه بشر قال أبو الحسن وهو عندي قوله الاول
وقال الشافعي لا يزول ملك المالك وجه قولها ما روي أبو حنيفة
عن عاصم بن كليب عن أبي بردة عن أبي موسى ان قوما من الانصار اضافوا
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد مواله شاة مصلية فاخذ منها
لقة فضعفها فلم تسغه فقال لما ان هذه الشاة لتخبرني انها تحت
بغير حق فقال الرجل هذه شاة اخي لو كان له خبر منها لم ينفش بها
علي وسارضيه بخير منها فامر النبي صلى الله عليه وسلم ان يتصدق
بها على الاسري فلو لا ان ملك الغاصب زال عنها لم يامر بالصدقة
بها ولا ترسعها وحفظ ثمنها علي الغايب وهذا خبر في الصحيح
وعليه بنى أبو حنيفة كثيرا من مسائل الغصب وكان المعنى في ذلك
ان الاسم زال وعامة المنافع المباحة من العين بزيادة صيغة
من جهة الغايب وهذا المعنى موجود في طحن الحنطة وعصير التسم
ونسج الغزل وغزل القطن ولانه زال الاسم وعامة المنافع المباحة

من العين بفعل من جهة الغاصب فصار كمن غصب رهنا طبا فخلطه
ببرزولانه غصب الخنطة فلا يجبر على تسليم الدقيق كما لو اتلف الخنطة
وجه قول أبي يوسف أن الملك قد زال لأن زواله بغير رضي المالك
لا يكون باكر من رواية بالبيع الذي رضي المالك به ومعلوم أنه لو
باعه الخنطة لم يسقط حقه حتى يستوفي البدل ويرضى بالتسليم
فكذلك هذا فكانه أزال ملكه في هذه الرواية وجعل له جنس العين
كما للبائع جنس المبيع وأما الرواية الأخرى فقال لا يزول ملكه لأن
العين موجودة وإنما حدث فيه تفريق بالطن فهو كالشاة إذا ذبحها
وأما التراب إذا لبسه أو جعله أنية فإن كان له فيه فهو مثل الخنطة
إذا طبخها وإن لم يكن لها قيمة لم يلزم الغاصب ضمانه لأن ما لا يتقوم
لا يضمن ولذلك جوزوا له الانتفاع بالعين لأنهم إنما منعوا الانتفاع
في مسألة الغاصب لعدم الغرامة فإذا لم تجب جاز الانتفاع قال
وإن غصب طعاما فزرعه فإن عليه مثله في قول أبي حنيفة ويتصدق
بفضله وقال أبو يوسف لا يتصدق بفضله ولا بأس بأن ينتفع به
قبل أن يرضى صاحبه وإنما زال ملك المالك لأن الغاصب استهلك
الطعام والاستهلاك يزول به الملك بالاتفاق وقد فرق أبو يوسف
بين هذه المسئلة وبين الطحن لأن الطحن ليس بالتلف وإنما هو تغير لصفة
العين والزرع يحترق الحب فيه وإنما يتولد الزرع من فعل الله تعالى
فلم تكن العين موجودة حين يخلق بها حق المالك وأما الفضل فيتصدق

١١٦
به عند أبي حنيفة ومحمد لأنه ما حصل له من وجه محظور لم يسقط عنه
بدل ولا زعي يتضمن فوجب أن يتصدق به كشاة الأناضاري وجه قول أبي
يوسف أنه ملك العين بالضمان فطاب له ربحها كما ملكه بالعقود قال
وكذلك غصبه نواة غرسها واتخذ منها خلا فهو ضامن لقيمتها وكذلك
صنوف الشجر لأن النوي إذا بنت صار مستهلكا فهو كالحب إذا بنت
وقال أبو حنيفة ومحمد في الخنطة إذا طبخها وما أشبه ذلك أكره أن
ينتفع به حتى يرضى صاحبه وهو أيضا قول أبي يوسف في القول الذي
قال لا سبيل له عليه وعليه حنطه مثل الخنطة وذلك لأنه حصل
له من وجه محظور على الشرط الذي نقا ولنا لو أحمنا له الانتفاع
قبل الإحالة بالتراضي بالضمان صار ذلك دريعة إلى إثلاف الأموال
وهذا لا يصح وأما أبو يوسف ففرق بين هذا وبين الزرع بما قدمنا
أن الخنطة إذا زرعت هلك وما يتولد من النبات ليس هو العين
المقصوبة فلم يكن له الانتفاع به فاما في مسيلتنا فالعين باقية وإنما
تغيرت صفتها فكذلك لم يجز له الانتفاع بها وقال أبو يوسف في الودي
إذا غرست فصارت خلا أكثر له أن ينتفع به حتى يرضى صاحبها ^{وخص}
في الزرع أن ينتفع بما خرج منه قبل أن يعطي صاحبه مثل الخنطة
وكذلك النوي إذا صار خلا وإنما قلنا أن الودي تملك إذا علق
والودي هو القسيل بلغة أهل المدينة ولأنه إذا غرسه فعلق فقد صار
تأبعا للملك بدلالة أنه يدخل في بيع الأرض على طريق البيع والعين المغضو

اذا صادرت تابعة للملك الغاصب على وجه في ازالة ضرر سقط حق
المالك عنها على ما سنبينه ولا نه تغيرت لان الودي اذا صار بخلا
صار ما فيه من الجمار حسا وزوال الاسم وعامة المنافع من اسباب
التملك فاما فرق ابي يوسف بين الودي والنوي في اباحة الانتفاع
فلما ذكرنا ان النوي يعمر ويهلك ويحدث عين اخرى والودي في نفسه
وروي الحسن عن ابي حنيفة ان رجلا لو اخذ شاة لرجل بغير اذنه فذبحها
وطبخها او شواها فلصاحبها ان يضمنه القينة فان كان صاحبها
غائبا او حاضرا لا يرضي ان يضمنه لم يبيع للذي ذبح وشوا ان ياكلها
او يطعم منها هدا ولا يبيع احدا ان ياكل منها حتى يضمن الذي صنع بها ذلك
قيمتها لصاحبها فاذا ضمنه صاحبها القينة بامر قاض او بغير امر قاض
وسعه ان ياكلها او يطعم من يحب اذا ادى القينة او كانت ديناء عليه
قال وان لم يضمن القينة فليتصدق بها اما زوال ملك المالك فقد قدمناه
واما المنع من الاكل والانتفاع فلا ان النبي صلى الله عليه وسلم امر ان يتصدق
بها ولو جاز اكلها لنزكهم ياكلوها ولان ذلك يصير ربيعة الى الغصب على
ما قدمناه فان دفع الغاصب قيمتها حله الاكل لان حق المالك سقط
باستيفاء البدل فكانه باعها واخذ ثمنها وكذلك ان ابراه المالك لان
حقه سقط بالبراة كما يسقط بالاستيفاء وكذلك اذا ضمنه المالك
القينة لانه لما ضمنه فقد ثبت البدل براضيهما فهو كالوثبت بالبيع
ولذلك اذا ضمنه الحاكم لان الحاكم لا يحكم بالقينة الا بطلب المالك ودعواه

١١٧
فكان المالك ضمن قال وان ابي ان ياخذ القينة واراد ان ياخذ اللحم وهو مطبوخ
او مشوي لم يكن له ذلك لما قدمنا ان الملك زال فلم يكن له المطالبة بما ليس
على ملكه ولانه غصب منه شاة فلا يجبر على تسليم الطعام اليه كما لو
استهلك الشاة قال ولو باع الغاصب اللحم بعد ما طبخه وشواه جاز
بيعه وكذلك ان وهبه او تصدق به وذلك لانه ملكه من وجه
مختور فهو ممنوع من الانتفاع به فان باعه بعد بيعه كالمقبوض
على وجه فاسد قال الحسن وقال الزفر اذا طبخه او شواه فقد صار
مستهلكا له وعليه القينة وله ان ياكله ويطعمه من شاة رضى صاحبها
بالقينة او لم يرض وبه ياخذ الحسن وقد قال ابو يوسف ان القياس ما
قال زفر وانما منعوا من الانتفاع استحسانا وجه القياس انه
يملكه بالضمان فهو كالمملوك بالعقد وجه الاستحسان ان النبي
صلى الله عليه وسلم امر با لصدقة بالحر ولو جاز الانتفاع به لاكل
من ذلك ولم يامرهم بصرفها الى الصدقة وقد روي محمد عن ابي حنيفة
حديث غاصم بن كليب في املا الهيكاني وقال محمد يعني بالاسري المحبس
وبهذا نأخذ الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر بان يطعم الاسري
فلو كان لصاحب الشاة في اللحم حق من ابراه حقه او غير ذلك على وجه
من الوجوه رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يطعمها الاسري ولكنه لم يره
حقا وكذلك نقول قال محمد وكذلك لو غصب دفتقا فجعله خبزا وهذا
صحيح لان الاسم زال واكثر المنافع بصفة حادثة قال وكذلك لو غصب

بيضا فخصنه وصار دجاجا وذلك لان البيض يهلك ويتولد الحيوان
من فعل الله تعالى فصار كزرع الحنطة وكذلك لو غصب زينا فجعله
في زر له كمن يغلب عليه البرر وذلك لانه صار مستهلكا فيه الا ترى
انه لا ينتفع به انتفاع الرنت وكذلك لو غصب عصفا فصبغ به
لانه صار ما نفع المالك الغاصب على وجه اذا لقد ضرر وكذلك
لو غصب اجرا اولينا فبني به اسراجا بطلم يكن له على الحايط سبيل
وضمنه قيمة اجرة وابنه وهذه مسألة الساحة اذا ادخلها
في البناء سقط حق مالكها عندنا وقال الشافعي يتقص البناء ويرد
لنا ان العين المغصوبة صارت تابعة للمالك الغاصب على وجه في
ازالته ضرر فصار كمن غصب حنطا فحنط به خرج عنه او خرج
جارية وقد نص الشافعي على هذا وكان ابو الحسن يقول المسئلة موضوعة
على انه بني على حوالى الساحة لانه غير متعدي في البناء على ملكه فلا يتقص
واما اذا بني على نفس الساحة نقص بناءه لانه تعدي فيه وكان ابو جعفر
الهندواني وهو كان يبلخ يختار هذا القول وقد ذكر محمد في كتاب الصرف
فمن غصب درهما فجعله عروم مراده سقط حق مالكه والغصب
لا يسقط حق المالك عنها بالصناعة وانما اسقطها بكونها تابعة
للمرادة وذلك لا يكون الا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدي فذل
على ان المسألة على اطلاقها وانه لاحق للمالك في الساحة في الوجهين
وجه قولنا ان البناء يسقط حق المالك بدلالة ان الغاصب

لونقص ورد الساحة لم يكن عليه غير ذلك واذا لم يسقط حقه عنها
لزم الغاصب تسليمها قال فان بيعت الدار في حيوته او بعد وفاته
كان صاحب هذه الاشياء اسوة الغرماء في الثمن لا يكون له شيء من ذلك دون
بقية الغرماء لما بينا ان ملكه زال عن العين ولم يثبت له حق الامساك
فصار كالمبيع الذي باعه وسلمه **باب**
الثوب بعصبه الرجل فصبغه او يقطعه
تخيطه او نحو ذلك قال ابو الحسن قال بشر عن ابي يوسف
في املايه قال ابو يوسف في رجل غصب من رجل ثوبا فصبغه بعصفر
ان صاحب الثوب بالخيار ان شاء اسلم الثوب للغاصب وضمنه قيمته
ابيض وان شاء اخذ الثوب وضمن له ما زاد العصفرة في الثوب وكذلك الرغفران
وانما لم يملك الغاصب الثوب بالصبغ لان الاسم لم يزل وعامة المنافع باقية وانما
ثبت الضمان لان المالك لا ينتفع به بعد الصبغ كما ينتفع به قبله ولانه لم يرض
بالترام بدلا للصبغ فلم يجز الزامه ذلك واذا لم يلزمه فهو بالخيار بين ثلثه
اشياء ان شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه ابيض لانها فسد ملكه وفوت الغرض منه
وان شاء اخذ الثوب وغرم قيمة الصبغ لما بينا ان الثوب على ملكه والصبغ عين
مال قائم فلا يجوز ان يستحق المغصوبة بغير غرض وان شاء لم يضمن الغاصب
وترك الثوب على حاله والصبغ للغاصب فيه فاذا بيع اقتسم الثمن على قدر
حقهما وذلك لان للضمان يثبت لحق المالك فاذا رضي بتركه جازوا فاسقط

الضمان صار كان الرخ القت الثوب في صبغ رجل فيكون مشتركاً بين غاصب الثوب
وصاحب الصبغ لهذا ثوبه ولهذا صبغه ولم يذكر أبو الحسن هذا الوجه من الخيار
قال فاما بالصبغ بالسواد فان شأضمنه قيمته ابيض وان شأخذ الثوب اسود
ولاشي عليه للغاصب وقال ابو يوسف السواد عندي مثل العصفور فعطيه
ما زاد السواد فيه وهذا قول محمد ومن اصحابنا من قال انه لا خلاف في هذه
المسئلة في الحقيقة لان ابا حنيفة اجاب علي ما شاهد في زمن بني مروان
انهم لم يلبسوا السواد فكان ذلك نقصاً فلم يجب علي صاحب الثوب ضمان مع النقص
في ثوبه واجاباها علي ما شاهد من عادة بني العباس ولبسهم السواد فكان ذلك
زيادة في عاداتهم كالعصفور ومن اصحابنا من قال ان ابا حنيفة اجابه في نوع من
التياب بنقص السواد من قيمته في العادة واجاباها علي نوع يزيد السواد في قيمته
في العادة والحاصل من هذا انه لا خلاف في المسئلة وانما يرجع الي العادة في كل
زمان فان كان السواد زيادة غرمه المالك واللام يغرمه واما العصفور اذا نقص
في الثوب ولم يزد فقد روي عن محمد انه قال فيمن غصب ثوباً قيمته ثلثون درهما
فصبغه بعصفور حتى صارت قيمته عشرين درهما فاني انظر الي ما يزيد هذا الصبغ
في قيمة ثوب لا ينقص قيمته به فان كان يزيد في ثمنه خمسة غرمت الغاصب خمسة
دراهم وذلك لان الثوب قد نقص في قيمته عشرة وحصل للمالك منها صبغ قيمته
خمسة فبقي خمسة لاشي في مقابلتها فيصمونها الغاصب فان كان السواد يزيد في
قيمة بعض الثياب وينقص من قيمة بعض فجب ان يكون علي ما قاله محمد في هذه المسئلة

١١٩
قال ولو كان صاحب الثوب هو الذي غصب العصفور وصبغ به ثوبه كان الثوب
له وهو ضمان لمثل ما اخذ ان قدر علي كيل مثله بكيل او وزن مثله فوزن وان لم
يقدر علي كيل مثله او وزن مثله فوزن وان لم يقدر علي كيل مثله او وزن مثله
فعليه قيمته يوم تختصمان ان كان مما يكال او يوزن وان كان مما لا يكال ولا يوزن
فقيمته يوم اخذه قال بشر وقال ابو يوسف بعد ذلك يجرم قيمته يوم غصبه
وذلك لان الصبغ صار مستهلكاً في الثوب وتابعه له الاتري ان المالك اذا باع
الثوب دخل الصبغ فيه بغير تسمية ولو باع الصبغ لم يجز واذا صار مستهلكاً
ضمنه وان كان مما يكال او يوزن وقدر علي مثله ضمن مثله وان لم يقدر علي مثله
فهو علي الخلاف الذي قدمنا فيها ينقطع عن ايدي الناس قال وليس لصاحب العصفور
ان يحبس الثوب في شيء من ذلك لان الثوب متبوع وليس يتابع فصار الصبغ كالحا
قال والسواد في هذا الوجه بمنزلة الزعفران لان المالك لما صبغ به ثوبه
فقد استهلكه فلا فرق بين ان يزيد في قيمة ثوبه او ينقص قال وقال ابو حنيفة
لو ان ثوباً وقع في صبغ رجل فاصبغ به ولم يصبغه احد فان كان سواداً
فالثوب لرب الثوب ولا شيء علي رب الثوب من قيمة الصبغ وان كان قولاً وصح زعفراناً
او عصفراً قرب الثوب بالخيار ان شأسلم له ثوبه واعطاه ما زاد الصبغ فيه
وان شأمتنع من ذلك فبيع الثوب فضر به فيه صاحب الثوب بقيمة الثوب
حالا لنقصان غير مصبوغ ويضرب فيه صاحب الصبغ بقيمة الصبغ علي حاله
في الثوب ناقصاً وقال ابو يوسف مثل ذلك في العصفور والزعفران والسواد
اما اذا اصبغ بصبغ له قيمة فلا ضمان علي المالك لانه لم يوجد منه تعدى في

الصبغ وكذلك لضمان على صاحب الصبغ لانه لم يتعد في الثوب والصبغ
 مال قائم الا انه تابع لما لصاحب الثوب فان شا اعطي قيمة الصبغ وسلم
 اليه ثوبه لان ملكه متبوع وان شاتركه على الشركة فاذا بيع ضرب
 فيه بقيمة ثوبا بغير لان الزيادة بالصبغ حصلت في ملك غيره فلم
 يضرب صاحب الصبغ بقيمة صبغ في ثوب لان الصبغ ينقص
 حصوله في الثوب وهو انما يستحق قيمته في الحال فاعتبرت قيمته
 على نقصانها واما السواد فليس بزيادة عندا في حنيفة فلا يضمن
 صاحب الثوب لاجله شيئا قال وكذلك السمن يختلط بالعسل والسمن
 بالسويق والسويق هاهنا بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ
 وذلك لان السويق متبوع والسمن تابع الاتري انه يدخل في متعة
 بالاطلاق قال وكذلك المسك يختلط بالدهن فالدهن بمنزلة الثوب
 والمسك بمنزلة الصبغ اذا كان الدهن بمن يصلح خلطه مع المسك
 ويكون زيادة فيه فاذا كان دهنا لا يصلح خلطه بالماء فهو فساده
 والقول فيه مخالف لما وصفت لك وذلك لان المسك اذا اختلط بالدهن
 المنتنة استهلك فيها ولم يزد في قيمتها فلا يعتد به قال ولو ان رجلا
 غصب لرجل ثوبا فصبغه بعصفر لا خرم ذهب العامل ولم يعرف ان
 القول في هذا كالقول في الذي يختلط بغير فعل احد ادع القياس في هذا
 واستحسن وجه القياس ان الذي صبغ الثوب بالصبغ ويثبت عليه
 حق الضمان فلم يكن لصاحب الصبغ على ما في الثوب سبيل وهو على ملك غيره

بالمسك

وجه

وجه الاستحسان انه لما عرف الذي تعلق به الضمان سقط حكمه
 وكان الثوب وقع في صبغ بالترج قال ابو يوسف ولو ان رجلا
 غصب عصفا فصبغه به ثوبا بعينه وباعه وحط صاحب
 العصفر ولا حوله على المشتري من قبل ان حقه على الغاصب اذا
 كان معروفا فان كان مجهولا فقد وصفت لك الاستحسان وذلك
 لانه لما صبغ به الثوب ملكه فاذا باعه جاز بيعه فلم يكن لصاحب
 الصبغ سبيل على المشتري مع صحة البيع قال ولو ان رجلا غصب
 ثوبا فصبغه بعصفر لنفسه ثم باعه وثاب ثم حضر صاحب الثوب
 والمشتري فانه يقضي بالثوب لصاحب الثوب ويستوثق منه ولا
 يدفع اليه الثوب ويكون ذلك الشقص لصاحب العصفر اذا حضر
 ويتنقض البيع فيما بين البائع والمشتري لان الثوب متبوع والصبغ
 تابع فلم يملكه الغاصب بالصبغ فاذا باعه لم يصح بيعه ووجب
 تسليم الثوب الي صاحبه الا ان يستوثق لصاحب الصبغ لانه غير
 مال له فلا يجوز للقاضي ان يسلمه الا بعد الاحتياط بالكفالة قال
 ولو ان رجلا اغتصب ثوبا وعصفر الرجل واحد فصبغه فالمغصوب
 بالخيار ان شا اخذ الثوب مصبوغا وبرا الغاصب من الضمان
 في العصفر والثوب وهذا استحسان ليس بقياس لا ينبغي في القياس
 ان ياخذ في العصفر ولكنه يضمن الغاصب عصفا مثله ويعطيه
 هو ما زاد العصفر في الثوب وان شا استهلك الصبغ فذلك فوجب

عليه وصار كمن صبع ثوب غير مصبغ نفسه فلما كان يضمنه قيمة
الثوب واما وجه الغيا س ل اذا اختار المالك اخذ الثوب فلان الغاصب
ملك الصبغ بالاستهلاك فكان صبع مصبغ نفسه فيغرم له المالك
زيادة الصبغ ويرجع عليه بمثله وجه الاستحسان ان الصبغ خلط لاحد
المالين بالآخر ومال الانسان لا يصير مستهلكا بماله وانما يدخل نقص فيه
فاذا اختار الاخذ فقد ابرأ من النقص فجاز قال وان كان العصفور لرجل والثوب
لاخر فرضيا ان ياخذ الثوب مصبوغا كما اخذ الواحد حيث كان له فليس
لها ذلك ولكن لصاحب الثوب ان ياخذ الثوب ويرد على الغاصب ما زاد
الصبغ فيه ويبيع صاحب العصفور للغاصب عصفورا مثل عصفوره وذلك لانه
لما صبع الثوب بالعصفور صار مستهلكا له ووجب عليه مثله فلم يكن لصاحب
عليه سبيل وليس كذلك اذا كان لواحد من المالين الانسان لا يصير مستهلكا ^{بخلطه}
بماله وانما يصير ناقضا فلذلك كان لصاحب الثوب اخذ وقال ابو حنيفة
في الرجل يغصب الثوب ففعله او يغسله فلصاحب الثوب ان ياخذ ولا شيء
للمغاصب وذلك لان الغسل ليس بزيادة غير مال فيه وانما الغسل
بغير صبغة اخرا فيه والغسل ازالة الوسخ عنه ورده الى لون القطن فاما
الصابون والاشنان فلا يبقى له عيب في الثوب وانما يتلف فلا يكون للغاصب
ضمانه قال وكذلك اذا قطعه قميصا او قبا ولم يخطه فصاحب الثوب بالخيار
ان شأمنه قيمة ثوبه وسلمه اليه وان شأنا اخذ الثوب مقطوعا واخذ النقصا
معه وذلك لان القطع نقصان كثير لا نرى انه لا يحكي منه حدا للقطع ما كان يحكي

قبله واذا اكثر النقصان كان للمالك تضمين القيمة لانه لم يرض ان يكون على ملكه
الا ما ينتفع به الانتفاع بالثياب وان شأمنه النقصان لانه لم يستهلكه
استهلاكا تاما ولا اتصل بزيادة والمائلة فيه غير معتبره قال ابو حنيفة فان
خط الغاصب قميصا فلا سبيل لصاحبه عليه وعلى الغاصب قيمة الثوب وكذلك
لوجعله قبا اوجبة وذلك لان الاسم زال واكثر المنافع بزيادة صبغة من جهة
الغاصب فصار كشاة الانصاري قال وكل ما صار عليه ضمانه في هذا الوجه
فليس بحس شيئا مما ضمن رهنا بذلك ولكن سلم له وسع بالضمان وهذا قول ابي
حنيفة وقد قدمنا هذه المسئلة في خلافاي يوسف اذا طحن الحنطة قال ابن
سماعة في نوادره عن محمد بن رجل غصب من رجل خوصا فجعله رتيبيلا قال فلا
سبيل للمغضوب عليه وذلك لان الاسم زال واكثر المنافع بزيادة صبغة
من الغاصب قال ولو غصب نخله فشققها جذوعا كان له ان ياخذ تلك
الجذوع وذلك لان الاسم لم يزل وانما تفرقت الاجزاء فصارت كالثوب اذا قطعه
قال ولو غصب شاة فذبحها كان له ان ياخذ اللحم وهذا قول ابي حنيفة
لان الذبح تفريق الاجزاء كقطع الثوب فاما الكلام في تضمين النقصان فقد
تقدم على الروايتين قال وان غصبه لحما فشواه او طحنه فان ابا حنيفة
قال لا سبيل له عليه وقال ابو يوسف له ان ياخذ اللحم المشوي بغير شيء
وياخذ المطبوخ ويعطيه ما زاد السائل منه والطبخ لذي روي بن سماعة
عن محمد بن ابي يوسف وروي ابن الوليد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة من رواية
محمد بن ابي حنيفة قال اذا شوي اللحم او طحنه لا سبيل لصاحبه عليه وعلى الذي

جعله في قيمته ولذلك قال ابو يوسف اما ابو حنيفة فذهب الى ما قدمنا
 من حديث شاة الانصاري واما ابو يوسف فذهب الى ان العين باقية والشي
 ليس بزيادة مال فيها فصار على اهله كطحن الطعام فاما اذا طبخ السائل فذلك
 زيادة مال في اللحم فصار كما لصبيغ في الثوب وجب على قياس هذه القول اذا
 طمحه بالمال ان ياخذ ولا شيء عليه لانه ليس هناك زيادة مال فهو كالشي
 وقال ابن سماعة عن محمد بن غصبه مصحفا فنقطه قال صاحبه بالخيار
 ان شاء اعطاه ما زاد عليه ومنه بتقيطه وان شأضمنه ما زاد قيمته غير
 منقوط وذلك لان النقط زيادة في المصحف لها اثر فحل محل الصبيغ في
 الثوب وروي معلى عن ابي يوسف ان صاحبه ياخذ ولا شيء عليه لان النقط
 ليس بزيادة مال ولا معنى يقوم وانما يتقوم فيه المنفعة ولا قيمة لها الا
 بعقد ولو غصب ثوبا فقصره كان لرب الثوب ان ياخذ الثوب ولا يعطيه
 شي لان المقصود صار ان ليست بزيادة عين في وانما هو رد له الى لون
 القطن وما استعمله من الصابون والاشنان متلف لا عين له فلم يبق الا
 المنافع ولا قيمة لها بنفسها ولا يقال ان القصار له ان يحبس الثوب بالاجرة
 فقد جعلوا القصار كالعين لان الحبس انما يثبت في العمل الذي له اثر
 والضمان انما يجب في العين القايمة دون الاثر قال ولو غصب دارا فحصرها
 ثم ردها قبل لصاحبها اعطاه ما زاد التحصيل فيها الا ان يرضى صاحب
 الدار ان ياخذ من الغاصب حصه وذلك لان الحص غير مال قائم يمكن ان
 يتفصل من الدار الا انه صار باعها على وجه في ازال التضرر ولا يجوز

ان يستحقه المغمصوب بغير عوض فكان بالخيار ان شأضمن له قيمته
 وان شأيمكنه من اخذه قال واذا غصب الرجل الرجل خرا فخلها فلصا
 ان ياخذها وهذا انما يعني به في خمر المسلم لانه لا يقدر على تضمين
 الغاصب الخمر لانها ليست بمال له الا انها كانت في ملكه الا ترى ان
 المسلم يملك الخمر على اصل ابي حنيفة اذا وكل ذميا بشرائها وعلى قولهم
 جميعا اذا اشتراها عبد المادون النصراني واذا عجز مكاتبه
 النصراني واذا اتخذ من العصور خلا فصار ثمره قبل ذلك واذا
 كانت على ملكه وقد استخالت خلا من مال من جهة الغاصب
 الا ترى ان الملح الذي يطرحه فيها مستهلك لا عين له فكانها استخالت
 بنفسها خلا فتكون لصاحبها قال بشر عن ابي يوسف وقال ابو حنيفة
 في رجل غصب من رجل جلدا قد تغير قد بغي فان كان الجلد جلد ميتة
 فصاحبه بالخيار ان شأخذ واعطاه ما زاد الدباغ وان شأسلمه
 ولا شيء له وان كان ذكيا فان شأضمنه قيمته وان شأخذ ورد عليه
 ما زاد الدباغ اما الجلد الذي اذا خضعه قد بغيه فان دبعه بمالا
 فية له مثل الماء والنزيب والشمس فلصاحبه اخذه ولا شيء عليه
 لانه ليس فيه عين مال من جهة الغاصب وانما يقال منافع وهي
 غير مقومة وليس له ان يضم الغاصب لان الجلد حاله لم يدخله
 نقص ولم يلزم مالكه غرم واما اذا دبعه بماله فية مثل الشب
 والقرض والعفص فصاحبه بالخيار ان شأضمنه قيمته غير مدبوغ

وان شأ اخذه واعطاه ما زاد الدباغ فيه لان الدباغ بما له قيمة عين مال
قائم في الجلد فصار كالصبغ في الثوب واما اذا غضب جلد ميتة فدبغ
بمالا قيمة له فلصاحبه اخذه لانه استحالة ما لا علي حكم ملكه من غير
زيادة من جهة الغاصب فيه وهذا اذا اخذ الميتة من منزل صاحبها
فدبغ جلدها فاما اذا اتى الميتة صاحبها في الطريق فاخذ رجل
جلدها فدبغه فقد قالوا انه لا سبيل له على الجلد لان القاهات في
الطريق اباحة لاخذها فلا يثبت له الرجوع كالقاه النوي وان دعه
بماله قيمة فلصاحبه ان ياخذه ويغرم لما زاد الدباغ لان الجلد صار مالا
بمال الغاصب وهو عين قائمة فلا يجوز نقلها بغير عوض وليس له ان
يضمنه قيمة الجلد لانه غضبه ولا قيمة له قال ولو ان الغاصب جعل
هذا الجلد ادما او رقا او دفترا او جرابا او فروا لم يكن للمغضوب على
الجلد سبيل ولا خيار وان كان الجلد ذكيا ضمن الغاصب قيمته فان كان ميتة
فلا شيء عليه وذلك لانه ازال الاسم واكثر المنافع بصفة جاذبه فحل
محل الثوب اذا خاطه فان كان الجلد ذكيا وله قيمة عند الغصب فيضمنها
وان كان ميتة فلا قيمة له عند الغصب فلا حق للمغضوب العين تسقط
الضمان وقال في الاصل في الرجل يغصب الخمر لرجل مسلم فيستهلكها قال
لا ضمان عليه وذلك لان الخمر ليست بمال للمسلم ولا قيمة لها في حقه ومن
اتلف ما ليس بمقوم لم يضمن قال فان جعلها خلا فلربها ان ياخذها وهذا
على ما بينا قلت وكذلك لو غضب جلد ميتة فدبغه فلرب الجلد ان ياخذه

وهذا على الفصل الذي قدمناه قال فان غضبه عصيرا فصار خمر او للمغضوب
مسلم فله ان يضمنه قيمة العصير ولا تعرض للخمر فان وجد العصير وقد
صار خلا فله ان يضمنه قيمته ولا تعرض للخمر وان شأ اخذ الخل ولم يضمنه
قيمة العصير ولم يذكر في هذا الموضع انه رد حازا الدباغ وهو قوتهم
جميعا واما اراد ان الدباغ لا يمنع صاحب الجلد من اخذه فاما العصير اذا
غضبه ففي عين مال له قيمة فاذا صار خمر فقد هلك في حق المسلم
فله ان يضمنه القيمة واما ذكر القيمة في الاصل لانه حين العصير فاما
اذا قدر على عصير فانه يضمن مثله واما اذا صار خلا ففي مال
للمسلم لان الصفة قد تغيرت لان العصير ينتفع به ما لا ينتفع بالخل
فكان المغضوب بالخيار ان شأ اخذها مع نقلها وان شأ اخذ مثل
عصير وقال في رجل مسلم غضب رجلا مسلما خمر فجعلها خلا ثم استهلكها
قال عليه خل مثله وذلك لانه لما جعلها خلا كان لصاحبها اخذها على ما
قدمنا انها استحالت ما لا علي ملكه في غير زيادة مال من جهة الغاصب
فاذا استهلكها الغاصب ضمن مثلها اذ لم يتقدم الغصب قال وان غضبه
جلد ميتة فدبغه ثم استهلكه فلا شيء عليه قلت من اين اختلفا قال قبل
ان ياخذ الخل ولا يغرم شيئا ولو وجد الجلد مدبوغا اخذه وغرم ما زاد بالدباغ
فيه وقال ابو يوسف ومحمد يضمن الغاصب قيمة الجلد مدبوغا اخذه وغرم
ما زاد بالدباغ فيه وكذلك قال في الجامع الصغير وهذا على وجهين ان
دبغه بمالا قيمة له فذلك عندك بعد الدباغ فلا ضمان عليه لان الدباغ ليس

باستهلاك منه فلو ضمن بضمين بالغصب ولا قيمة له عند الغصب وان
استهلكه ضمن في قولهم لان الجلد صار مالا وهو على حكم ملك صاحبه
فاذا ائلفه الغاصب ضمن قيمته بالاتلاف كما لو ابتداء ذلك من غير
غصب مقدم واما اذا ادبغه بماله قيمة فذلك عنده فلا ضمان عليه
في قولهم لان الدباغ ليس باتلاف من الغاصب فيتعلق به الضمان
والغصب ^{المتعلق} يتعلق به ضمان لان الجلد لا قيمة له واما اذا استهلكه
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وذلك لانه لا يخلوا ان يضمن قيمته
مدبوغا او غير مدبوغ فلا يجوز تضمينه غير مقوم في تلك
الوقت ولا يجوز تضمينه مدبوغا لان الدباغ مال للغاصب لو لم
يكن حين استهلاك الجلد لم يضمن فلا يجوز ان يضمه لاجل ماله فلم
يبق الاسقوط الضمان واما ما قال لا يضمن قيمته مدبوغا
وياخذ ما زاد الدباغ فيه وذلك لانه ائلفه وهو مال المالك
الا ترى انه كان له اخذه والاتلاف سبب للضمان فكانه
ابتداء اتلافه من غير غصب ويغرم المصوب ما زاد الدباغ
فيه لان ذلك قد سلم له حتى اخذ عوضه فكانه اخذ الجلد
قبل الاستهلاك **باب الضمان بالخلط**
قال ابن سماعه في نوادره في رجلين اودع كل واحد منهما رجلا الف درهم
فخلط المودع المالكين جميعا فاختلفا قال ابو حنيفة لا سبيل لهما
على اخذهما الدراهم وانما على المودع مثلها وقال محمد بنهما بالخيار

ان شأنا اخذاه بالغين سوي هذين وان شأنا اخذاهذين الا لغين
فاقتسماهما نصفين وجه قول ابي حنيفة ان الخلط استهلاك
بدلا له ان للمالك حق التضمن مع بقا العين فلو لا انها في حكم الاستهلاك
لم يثبت له حق الضمان والاستهلاك يسقط حق المالك ولانه
معني يمنع من وصول المالك الي عين ملكه فجعلها كالهلاك وجه
قولها ان العين باقية وانما دخلها بعض ما ليس له فالمالك بالخيار
ان شأنا اخذها مع البعض وان شأنا ضمن الخاط و قال محمد لا يبيع المودع
اكل هذه الدراهم حتى يودي مثلها الي اصحابها الا ترى انه لو غصب
الغين من رجلين من كل واحد الف درهم خلط ذلك لم يسهه اكل ذلك
ولا يحل له حتى يودي مثلها الي اصحابها وهذا ظاهر على اصل محمد
لان عنده ان حق المالك لم يسقط عنها فلا يجوز للخالط التصرف
في ملك الغير عنده فاما على اصل ابي حنيفة فقد زال ملك المالك
عنها بقول لا يحل له اكلها انما نعتي به ان يشتريها ما يوجب كل
لان التصرف فيها ممنوع منه ما لم يود العوض فاما اكل ما اشترى
بها فمضوح لا لانهم قالوا فيمن غصب الفا فاشترى ثوبا وسعه
ان يلبسه لان الشري لم يقع بيعها وانما وقع مثلها في ذمته وقالوا
لو اشترى بالدراهم المفضوبة دنانير لم يحل له ان يتصرف في الدنانير
لان الدراهم اذا استحققت وجب رد الدنانير لان بدلها لم يقبض
في المجلس فصارت كالمقبوضة ببيع فاسد فيمنع من التصرف فيها

وقالوا لو تزوج بها امرأة وسعه ان يطاها لان العقد لم يقع على الدرام
وقالوا لو اغتصب ثوبا فاشترى به جارية لم يسعه ان يطاها
حتى يدفع قيمة الثوب الى صاحبه لان الثوب يتعين بالعقد
اذا استحق رجوع بايع الجارية فيها فصارت كالمقبوضه ببيع فاسد
فلاحل وطها ولو تزوج بالثوب المغصوب حل له وطى الزوجة لان
الثوب لو استحق لم يفسخ النكاح ووجب عليه قيمته فلم يمنع من
الوطى وهذا يبين انه انما عمن بالتحريم الاكل في مسيلتنا تحريم
النصف بها فيما يוכל فاما اكل العوض فيباح على اصلهم قال فان اودعه
رجل شعيرا واودعه رجل اخر حنطة فخلطهما فخلطهما فخلطهما من مثل
الحنطة لصاحبها ومثل الشعير لصاحبه وهو اعلى الخلاف الذي
قدمنا عند ابي حنيفة لا سبيل للمودعين على العين لان المودع ملكها
بالخلط وعلى قولها لهما حق التضمن بالمعيب الذي دخل في مالهما
بالشركة ولهما ان ياخذ العين فاذا باعها اقتسما الثمن على قيمة الحنطة
غير مخلوطة بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوطة بالحنطة وذلك لان
اختلاط الحنطة بالشعير عيب فيها وصاحبها انما يستحق بدلها في الحال وهي
مغينة فنضرب بقيمتها على تلك الصفة واختلاط الشعير بالحنطة يجب
زيادة فيه وتلك الزيادة من ملك الغير فلا يجوز لصاحب الشعير ان يضرب
بها فلذلك ضمن بشعير غير مختلط وقال بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
لو ان رجلا خلط دراهم بدراهم اخر او طعامه بطعام اخر كان الخاطا

ضامنا فكان ذلك له فان مات الغاصب وعليه دين ضرب المغصوب في
ذلك مع غرما الغاصب وذلك لان ملك المغصوب زال عنده عن العين
فانتقل للادنة الغاصب فصارت العين كسائر الغرما وهذا على ما قد
في مسألة الحنطة اذا طحنها انه ليس لصاحبها حق الحبس وقال الحسن
في اثر حكايته عن ابي حنيفة لو ان رجلا حانما فضبه في نهن لرجل
او زيت او سمن فنقصه ذلك من جودته وارا د في كيله كان لصاحبه
ان يضمه قيمته قبل ان يصب فيه الماء وذلك لان الدهن المختلط
بالماء لا مثله له فيغرم مثله فاذا لم يكن له مثل غرم قيمته ولا يغرم ان
يغرم مثل كيله قبل صب الماء لانه لم يكن منه غصب متقدم للخلط
فيضمن مثله في تلك الحالة قال وان اغتصب اناه وهو زيت او سمن
غصب الغاصب فيه ما وهبه يد كان لصاحبه ان يضمه كيلا مثل
كيله ولم يكن له ان يضمه القيمة لانه قد تقدم منه على الخلط بسبب
يتعلق به الضمان وهو الغصب فاستند الضمان اليه وهو في
تلك الحال له مثل فضمن مثل كيله قال ولو ان رجلا حانما فضبه في سفينة
فيها طعام فافسده وزاد في كيله فلصاحب الطعام ان يضمه قيمته قبل ان
يصب فيه الماء وليس له ان يضمه طعاما مثله وهذا كله على قياس قول ابي
يوسف وبه ناخذ وجهه ما ذكرناه في الزيت وقال الحسن قال ابو يوسف
لو ان رجلا غصب رجلا كروط طعام فخلطه بطعام له او سمن احترق
ذلك الطعام كان على الغاصب طعام مثله وان كان قائما بعينه

وقد خلطه بطعام مثله وان كان قايما بعينه وقد خلطه بطعام مثله
كان صاحبه بالخيار ان شا اخذ قيمته وان شا اخذ طعاما مثل الطعام
الذي اغتصبه وان شا كان شريكا في ذلك الطعام بقدر طعامه كان
طعامه الغالب وطعام الغاصب كذا روي الحسن عن ابي حنيفة والاول
اثبت عندنا وهو ان لا سبيل له علي المختلط وهذه رواية اخري
عن ابي حنيفة مثل قول ابي يوسف ومحمد فاما اذا اختلط ثم احترق
فقد دخل في ضمانه بالخلط في قولهم فاذا اهلك كان عليه مثله
وقال الحسن لو ان رجلا جابكر حنطة فصيبه على طعام رجل وهو
مثله في الكيل والجودة كان شريكا معه بقدر ذلك الطعام فان
سرق الطعام لم يكن لواحد منهما ضمان على صاحبه وذلك لانه لا يجعله
مستهلكا بالخلط في هذه الرواية ولم يجعله غاصبا لان النقل لم
يوجد فاذا اهلك لم يضمن قال وان كان صب الكرم على فقير الحنطة ثم سرق
الطعام فان ابا يوسف قال يضمن الذي صب الكرم مثل الفقير وفيها قول اخر
انه شريك بقدر طعامه وان سرق الطعام لم يكن لواحد منهما ضمان
على صاحبه وذلك لانه اذا صب كرا على فقير فالقليل تابع للكثير
ومستهلك فيه فدخل في ضمانه والحسن يقول ان المجلس لا يصير
مستهلكا في جنسه ولا وجد النقل فلم يضمن قال فان صب فقيرا
على كرم يضمن وان سرق في القولين لان القليل لا يصير تابعا للقليل
ولا مستهلكا فيه قال فان صب رديا على جيد فافسد فهو ضمان

١٤٦
لكيل مثل الجيد سرق الطعام او كان قايما وذلك لان خلط الردي لا يغيي
مخلط الجيد قال وان ضاع الطعام فلا ضمان لواحد منهما على صاحبه
وكذلك الزيت اذا صبه على زيت او غصب زيتا من رجل فصب على
زيت له كان بمنزلة الطعام وهذا كله على قياس قول ابي حنيفة وزفر
واي يوسف وبه نأخذ وهذا انما نعي به على قياس قوله في وجوب
الضمان فاما في كيفية فاذا صب على الطعام الجيد الطعام الردي
فيجب ان يضمن قيمته لانه لا مثل للطعام المختلط **باب**
اختلاف الغاصب والمغضوب قال ابو الحسن واذا
اختلف الغاصب والمغضوب فيما غصب فصفته او في قيمته فالقول قول
الغاصب في ذلك كله مع بمينه ولا يصدق المغضوب ان يلزم الغاصب
بدعواه انه اخذ من يده شيئا والغاصب يحذ ذلك وذلك لان الاصل
برائة ائذمة الغاصب فالقول قوله في براءة دمه الا ان يثبت غير
ذلك ولان من في يده شيء فالظاهر انه مالكة فان ادعاه غيره لم يقبل
قوله الا انه فان قال المغضوب غصبني هذه الامة التي في يدك
وقال الغاصب بل اغصبتك هذا العبد او قال هذا الثوب وقال
الغاصب هذا الثوب الاخر فالقول قول الغاصب وكذلك سائر
الاعيان وذلك لان المدعي يدعي الغصب الجارية وصاحب اليد ينكر
والاصل الاغصب فالقول قوله صاحب اليد وقد اعترف صاحب
اليد بالعبد للمدعي فزاد اعترافه فسقط قال وكذلك لو اختلف في

صرفه المغصوب فقال عصبنتك هذا العبد وهو اعور وقال المعضوب
عصبنته وهو صحيحا او قال عصبنتك هذا الثوب وبه هذا الخرق
او فيه هذا الاثر وادعي المغصوب انه غصبه صحيحا لا اثر فيه ولا
خرق فالقول قول الغاصب وذلك لانه لو انكر الغصب كان القول قوله
واذا اعترف بشئ دون شئ فالقول قوله ولانه يزعم انه غصب عبدا
باقضاء والمغصوب يدعي عليه غصب عبدا فالأجزاء التي تختلفان فيها
غير مغصوبة في الاصل حتى يثبت غصبها قال ولو اقر الغاصب في جميع
هذه الوجوه بما ادعي المغصوب ثم قال رددت ذلك عليك ورددت
ما لزمني من الضمان وقبضه لم يصدق على ذلك والقول قول المغصوب
انه لم يقبض منه ولم يرد عليه مع يمينه الا ان يقيم الغاصب البينة
وذلك لان الغاصب اعترف بالضمان وادعي سقوطه وذلك معنى حادث
فلا يقبل قوله فيه الابينة قال ولو اقر الغاصب انه غصبه عبدا
صحيحا او ثوبا وان المغصوب جني عليه واخذت ذلك بالعبد بفعله
فانه لا يصدق ويضمن ما نقص العبد او الثوب بعد ان يختلف المعضوب
فيما فعل وذلك لانه اعترف بالضمان للعبد الكامل وادعي البراءة من ضمان
جز منه يتناول المالد له فهو كما لو ادعي ان المالك اخذ جميع العبد قال
فان اقام الغاصب البينة انه قد رده عليه وان العيب الذي في المعضوب
اجره صاحبه فيه بعد غصبه فتثبت بئنته وبرى من ذلك لانه ادعي
البراءة من الضمان واقام البينة على ذلك فتقبل بئنته قال ولو غصب

دابه فاقام رب الدابة البينة ان الدابة نفقت عند الغاصب من ركوبه
واقام الغاصب البينة انه ردها اليه فالبينة بينة المغصوب وعلي
الغاصب الغنية لاسرارها وذلك لانه لا ينافي بين البينتين لانه يجوز
ان يكون رب الدابة ركبها ثم ركبها الغاصب فتلفت فيكون ذلك غصبا
مبتدئا فاذا لم تتنا في البيتين وجب الضمان قال وكذلك لو شهدت
شهود رب الدابة ان الغاصب قتلها وشهدت شهود الغاصب انه قد
ردها اليه فعلي الغاصب الغنية وهذه رواية الاصل وقد بينا وجهها
وقال في موضع اخر من الاصل ارايت الرجل يغصب الدابة فيقيم صانها
البينة انه ردها اليه وانها نفقت عنده قال لا ضمان عليه وهذا
غير مخالف للاول لانهم لم يشهدوا انها نفقت عند الغاصب
من عمله حتى يكون الشهادة بغصب مبتدئا وانما شهدوا على مجرد الموت
ولم يعلموا بالرد وشهود الرد عرفوا معنى حادثا فشهادتهم اولى قال
بشر عن ابي يوسف لو ان رجلا غصب رجلا عبدا فشهدت بشهود
الغاصب ان رب العبد قبضه منه فمات عنده وشهدت شهود المغصوب
ان العبد مات عند الغاصب فان الغاصب ضامن للقبض لا للبراءة
منه البينة على دفع العبد وهذا مخالف لما في الاصل ووجهه ان
شهادة شهود المغصوب بموته في يد الغاصب شهادة بثبوت يد
عليه بعد الرد فكانهم شهدوا بغصب مبتدئا وهذا ليس بصحيح لانه
يجوز ان يكون عرفوا الغصب والموت فاستصحبوا يد الغاصب

حين لم يعرفوا الرد فقالوا ماتت عنده فالرجوع الي من اثبت الرد اولى
قال ابو يوسف الاتري ان شهود المغضوب لو شهدوا ان فلانا
غضب هذا العبد من فلان فماتت عنده وشهدت شهود الغاصب
ان العبد مات في يد مولاه قبل الغضب لم ينتفع بهذا الشهاد
وكان الغاصب ضامنا له وذلك لان الشهادة على موت العبد
في يد مولاه لا تتعلق بها حكم فسقطت ولان الشهود عرفوا
يد المولى والموت ولم يعرفوا الغضب فشهدوا انه مات في
يد المولى فشهادة من عرف الغضب اولى وقال ابو يوسف
اريت لو شهد شهود المغضوب ان الغاصب عصبه يوم النحر
بالكوفة فشهدت شهود الغاصب انه كان يوم النحر بمكة او العبد
شهدوا على احد مما يعني على احد هذين المعينين واثبتوا لم يكن هذه
الشهادة في البراءة باطلا والصمان للغاصب لازم وذلك لان
شهادة شهود الغاصب بكونه يوم النحر بمكة لا تتعلق بها حكم
فسقطت وتعلق الصمان بالآخري وقال محمد في الاملا اذا اقام
المغضوب البينة انه مات في يد الغاصب واقام الغاصب البينة
انه مات في يد المغضوب فالبينة بينة الغاصب وذلك لانه
قد اصر بالغضب والموت عنده لا يتعلق به الصمان وانما يتعلق
بالغضب فلا معنى لاقامة البينة على الموت الاتري ان قيمته لو
نادت بعد الغضب لم يضمنها بالموت واذا سقطت اقامة البينة

١٤٨
على الموت في يد الغاصب لانه لا يغيد الا ما افاده افزاره بالغضب
بقيت بينه الغاصب على موت العبد في يد مولاه فبرى من الضمان
وهذا مثل رواية الاصل **باب**
الرجل يغضب الشيء في بلد فيطالب به غيره قال ابن سامة
سمعت ابا يوسف قال في رجل غضب عبدا فذهب به الي ارمينية
فلقيه المغضوب فخاصه فهو بالخيار ان شا اخذ عبده بعينه وان شا
اخذ قيمته عبده في الموضع الذي غضب منه وكذلك ان كان بون او حصا
او شيئا مما يكون عليه مثله فهو بالخيار ان شا اخذ متاعه بعينه وان
شا مثله في الموضع الذي غضبه اياه قال الشيخ وجملة هذا ان من
غضب شيئا في بلد فطولب به في بلد اخر فهو على وجهين اما ان يكون
الغضب في الايمان او في غيرها فان غضبه دراهم او دنائير في بلد فالتقيا
في بلد اخر فطالب به فاعليه تسليمها اليه وليس لصاحبها ان يطلب
قيمتها وان اختلف سعرها لان الدراهم والدنائير في الايمان في كل
مكان فلا يختلف باختلاف الاماكن فالمطالبة بها في مكان الغضب
وفي غيره سواء فان شا المغضوب اخذها وان شا اخر المطالبة
لانا حوله واما اذا كان الغضب في غير الايمان فالتقيا في بلد اخر فان
كانت العين المغضوبة قايمة في يد الغاصب وقيمتها في هذا المكان مثل
قيمتها في مكان الغضب واكرمته فلمغضوب اخذها وليس له ان
يطالب بقيمتها لان الغاصب ازال يد عن العين وفوت مقدار

قيمتها من ملكه والقيمة متساوية فاذا اردتها عليه في هذا المكان فلم
يغوث شيئا من ملكه فلذلك لم يكن له الا العين واما ان كان سعرها في هذا
المكان اقل من سعرها في مكان الغصب فالمغضوب بالخيار ان شأ طالب
بقيمتها في مكان الغصب وان شأ اخذها وان شأ انتظر حتى ياخذها
في البلد الذي غصب فيه وذلك لان الغاصب فوت عليه بالغصب
مقدارا من ماله لا يعود برد العين اليه فكان له ان يعدل الي قيمتها
كما لو دخلها عيب وله ان ياخذها لا يسقط حقه من النقصان وله
ان ينتظر لان المطالبة سب لحقه فاذا اخذها جاز ولا يقال ان العين
اذا كانت باقية فتفاوت الاسعار في البلاد كيف كان البيع في البلد
الذي غصب فيه ولو وجدها في ذلك البلد لم يكن له الا العين وان
نقص سعرها فكذلك هذا وذلك لانها اذا وجدت في المصر الذي غصب
فيه وقد نقص سعرها فنقصان السعر لا يعود الي فعل الغاصب
ولا يتخلو به العين واما في مسيلتنا فتفاوتنا السعر حصل بسبب
من جهة الغاصب وهو نقلها من بلد الي بلد ولو تركها في البلد
الاول لم ينقص حق صاحبها فلذلك ثبت للمغضوب الخيار واما اذا
كانت العين هالكة فلا تخلوا واما ان يكون سعرها في المكان الذي التقيا
كسعرها في المكان الذي غصب او اكثر او اقل فان كان قيمتها اقل
من قيمتها في مكان الغصب كمن غصب ثيابا ببغداد واختصها بالبصرة
فالمغضوب بالخيار ان شأ اخذ ثيابا مثله وان شأ اخذ بقيمة الثمر

ببغداد يوم غصبه وان شأ انتظر حتى ياخذ ببغداد وذلك لان الثمر
يختلف بين البلدين لاجل الحمل والموتة وقد فوت عليه الغاصب
الثمر وهو رايد القبة فلم يكن له ان يدفع اليه ثمرانا قصر القبة لمعني
يتعلق بفعله ولا يجوز ان يلزم المغضوب التأخر الي بغداد لانه يستضر
بذلك فلم يبق الا العدول الي القيمة وليس يمنع ان يعدل في المكيلات
والموزونات الي القيمة اذا لم يتمكن من استيفاء الحق الا بها كما يعدل في قيمة
القلب من جنسه الي غير جنسه لانا لا نقدر على استيفاء قيمة الصناعة
الا بذلك فلمنعصوب ان يؤخر المطالبة حتى يستوفي الثمر ببغداد لان
لهاحقا في المثل حتى يعيد الغاصب يد علي الرجل الذي ازالها واما اذا
كانت القيمة في مكان الخصومة اكثر من قيمته في مكان الغصب كمن
غصب ثيابا ببصرة فاختصا ببغداد فالغاصب بالخيار ان شأ اعطي
ثيابا مثله وان شأ اعطي قيمته بالبصرة لانه يستضر بدفع المثل
ببغداد مع تفاوت قيمته ولم يثبت للمالك الحق الا في الاستيفاء بالبحر
فوجب ان يعدل الي القيمة بالبصرة حتى لا يضرب واحد منهما فان اختار
الغاصب دفع المثل فقد لزم اكثرهما عليه فجاز وان اختار المغضوب
تأخير المطالبة الي لبصرة فله ذلك لان له حقا في المطالبة بالعين
ولا يمكن ذلك ببغداد فكان له البصر حتى يستوفي نفسه ما تغلق حقه
به واما اذا كانت قيمته في مكان الخصومة كقيمته في مكان الغصب
والمغضوب ان يطالب بالمثل لانه لا ضرر في ذلك علي الغاصب

فكانه طال به في المكان الذي غصبه فيه ومسائل الباب تترتب
علي الاقسام التي ذكرنا **باب ما يكون قبضا**
للغصب قال ابو الحسن اذا غصب الرجل رجلا شيئا ثم ان الغصب
فيه احد ثي في الشيء الغصب حدثا او فعل فيه او كان فعلا لو كان
فعلية في ملك غيره ضمان يد غاصبا منا فان الغصب اذا فعل
مثل ذلك في الغصب كان قابضه ويري الغاصب منه مثل ان يكون
الغصب عبدا فيستخدمه الغصب او ثوبا فلبسه الغصب
او دابة فركبها فانه قد صار بذلك قابضا للغصب ويري الغاصب
منه وذلك لان الفعل الذي يضربه غاصبا يوجب ثبوت بطلان
على العين وثبوت يد المالك على العين المغصوبة يوجب سقوط ضمان
الغاصب لزوال يده عنه الا ترى ان من نازع رجلا في دابة وهو
راكبها او في ثوب هو لابسها او في عبد يستخدمه كان القول قوله
فدل على ان هذه المعاني تد وتصرف فسقط ضمان الغصب قال وسواء
عرف ذلك الغصب منه او لم يعرف لان تصرفه يوجب سقوط
الضمان وذلك لا يختلف بالعلم والجهل كالبراة ولانه لو تصرف في
ملك غيره وهو لا يعلم صار غاصبا فكذلك اذا تصرف في ملك نفسه
هو لا يعلم صار قابضا قال ولا يكون الغاصب غاصبا له بالغصب
الاول ابد الا ان يحدث غصبا مستقبلا وذلك لما بينا ان تصرف
المالك اسقط ضمان الغصب ولا يعود الا يعود بسبب قال

وكذلك

١٢ -
وكذلك لو كان الغصب طعاما فاكله الغصب وهو يعرفه او اطعمه
اياه الغاصب او كان ثوبا فلبسه الغصب او اللبس اياه الغاصب
وهو يعرفه او لا يعرفه فقد يري منه الغاصب وذلك لانه اذا اكله
فقد ثبت يده عليه عند الاكل وثبوت اليد ييري الغاصب من الضمان
فاما اذا اطعمه اياه سقط ضمانه عندنا وقال الشافعي لا يسقط لنا
ان الطعام قد سلم له بالاكل فلورجع على الغاصب بيد السلم اليه العوض
والمعوض فيما يصح تملكه بالمعاوضات وذلك لا يصح قال ولو ان
المغصوب احرا العبد من الغاصب ليخدمه او الثوب ليلبسه او
الدابة ليركبها فقبل الغاصب الاجارة فان الغاصب يري من ضمان
العبد حين تجب عليه الاجر بالاجارة وذلك مع قبض ما وقعت عليه
الاجارة وذلك لان الاجرة اذا وجبت انتفي ضمان الغصب لان الاجر
والضمان لا يجتمعان وقد قالوا في الغاصب اذا استأجر العبد المغصوب
من مولاه لبنى له حايطا معلوما سقط ضمان الغصب حتى ينتدي بالبنا
لان الاجرة لا تجب بالتخلية وانما تجب بالعمل وسقوط الضمان يتعلق
بوجوب الاجرة فاما في الاستخدام فوجوب الاجرة يحصل مع وجود
التخلية في اول المدة المعقود عليها فاذا حصل ذلك وجبت الاجرة
فسقط الضمان ولهذا قال ابو الحسن ان الضمان يسقط مع قبض
ما وقعت عليه الاجارة ومعلوم ان العبد في يد الغاصب فهو له
فالصرا لا ان قد يعقد على مدة في المستقبل فلا يكون القبض قبض الاجارة

حتى تأتي المدة او يحمل المسئلة على انه استأجرها في الحال الا ان الدار ليست
 محصرتهما ولا سرا من ضمان الغصب حتى يسكنها او يتكن من سكانها فيترك
 ذلك مع القذة وقد قالوا في المصوب اذا زوج جارية الغصب
 من الغاصب يري من ضمانها في الحال في قياس قول أبي يوسف لا نها
 صارت مقبوضة بالتزوج ولم يبرأ في قياس قول أبي حنيفة وهذا
 فرع على اختلاف فهم في البيع انه يصير قابضا بالتزوج ام لا قال
 ولو كان المصوب استأجر الغاصب ان يعلم المصوب الجزاء والكتابة
 فذلك جاز وهو في يد الغاصب على ضمانه لا يبرأ من الضمان باستيجار
 وان هلك في يده بعد ذلك وقد اخذ في تغليها ولم يكن ضمن قيمته
 وكذلك لو كان الغصب ثوبا فاستأجره صاحب الثوب الغاصب ان
 يقبله فهو جاز ولا يخرج ذلك من الضمان ولو ضاع عنه كان
 ضامنا في قول من لا يضمن الاجير المشترك كذا روى ابن سماعة عن محمد
 وذلك لان استيجار الغاصب على تعليم العبد وقبل الثوب لا يقتضي
 ثبوت يده عليه لانه قد توقع العمل وهو في يد المولى ودان فلم يبرأ بذلك
 من الضمان وليس كذلك اذا استأجر الدابة ليركبها لان العقد يقتضي
 تسليم الدابة فوجب الاجر بالتسليم ولانه استوجر في مسلتنا على
 ايقاع فعل في العين وذلك لا يوجب زوال يد الغاصب فبقى حكمها
 في الضمان فاما مسئلة الدابة فانه عقد له على الركوب وذلك لا يكون
 الا بزوال يد الغصب وتحديد الاجارة يسقط الضمان فاما قوله في

الثوب اذا هلك عنده انه صامر له في قول من لا يضمن الاجير المشترك
 فصحيح لان من لا يضمن الاجير مقصود على مذهبه بقا الضمان بالغصب
 اذا الوارث رفع ضمان الغصب لم يضمن بالاجارة فاما على قول من ضمن
 الاجير المشترك فلا يتصور زوال يد الغاصب الا ان يكون هناك
 حريق غالب او لصوص غالبون والا فالشيء مضمون على الاجير كما هو
 مضمون على سائر الغاصب فلذلك تبين انه مضمون على قول من
 لا يضمن الاجير قال ولو ان رجلا في يده كرا ان اغتصب رجل احدهما
 فذهب به او سرقه رجل ثم ان المصوب اودع الغاصب والسبا
 الذي سرق الكرا في ماله فعد السارق الى الكرا الوديعه او الغا
 فخلطه بالكرا الغصب ثم ضاع ذلك كله فانه يضمن مثل الكرا الذي
 غصب ولا يضمن الكرا الوديعه من قبل الخلط وذلك لان خلط
 مال الانسان بماله لا يوجب ضمانا على الخاط واذ كان على صفة
 واحدة لان المعنى الموجب للضمان عندنا في حنيقة الى المالك لا يتصل
 الى عين ماله وعلى قولها المعنى الموجب للعيب الحاصل بالشركة
 وذلك لا يوجد في ملك الانسان فلم يجب الضمان بالخلط فبقى احد
 الكرين امانة والاخر مضمون فاذا هلكا فحكمهما بعد الخلط حكمهما
 اذا هلكا قبله قال محمد وكذلك رجل دفع الى رجل الف درهم
 وديعة في كيس فاخذ منها خمسمائة ودها ثم ردها بعد ايام
 فوضعها في الكيس الذي اخذها منه فصاعت فانه يضمن الخمسمائة

التي اخذ ولا يبرأ منها بردها من قبل انه لا يكون راد الا بدفعها الي
صاحبها ولا يضمن بالخلط شيئا اما ضمان الخمساية التي اخذها
فوجب ان يكون محمولا على انه اخرجها من المصرف صارت في ضمانه
على الرواية التي قالها ليس للمودع ان يبيأ فاما اذا اخذها
بنية الغصب لم يكن ضمانا لها لانه يملك بالاخذ والنقل وحجج
النية لا يتعلو به ضمان فاذا صارت مضمونة عليه بالوجه الذي
ذكرنا لم يبرأ من ضمانها لا بردها على المالك او على من قام مقامه فاذا
خلطها لم يضمن الباقي بالخلط لانه مال واحد على ما قدمنا وهذه مسألة
مشكلة لانها تخالف اصلين مشهورين احدهما ان اخذ المودع لا يتعلق
به الضمان فان حملت المسئلة على انه اخرج المال من المصرف في احدي الروايات
فقد ترك اصلا اخر لان المودع اذا تعدى ثم ادرك التعدي يبري من الضمان
وقد قال انه يضمن الخمساية وان ردها والاولى ان يحمل المسئلة على انه اخذ
لخمساية فطوبى بها فحججها فصارت ضمانا والجاحد لا يبرأ الا بالرد
على المالك فاذا خلطها لا يضمن الباقي لانها مال واحد وضمن الجود خاصة
باب غضب الصبي والكاتب والمدر والمولود
قال بشر عن ابي يوسف في رجل غضب صبيا حرا من اهله فرض فنان في
يده فان اباحيفة قال لا ضمان عليه وان لم يمرض ولم يميت لم يكنه عقره مع فقتله
او نهشه حية فمات كان على عاقلة الغاصب الدية قال الشيخ وجملة هذا ان
الحرا يضمن بالغصب صغيرا كان او كبيرا لان ضمان الغصب يقتضي التملك والحر

لا يبرأ فيه التملك ولانه ضمان يتعلق بالتبصر كضمان البيع الفاسد ويضمن
بالجناية لان الجناية اطلاق واذا ثبت هذا فمقتضى ان الصبي بسبب لا يختلف
باختلاف الاماكن فلا ضمان عليه لما بينا انه لا يضمنه باليد وان مات بسبب
تختلف باختلاف الاماكن فالضمان على عاقلة لانه لا يضمنه بالصبي لا يقدر على حفظ
نفسه فلما حمله الى هذا المكان فقد قربته من سبب الجناية فكانت هي التي الحية
فالضمان على عاقلة لانه من ضمان الاسباب كحافر البئر قال ولو قتل الصبي
رجلا خطا في يده الغاصب فان الاوليا ان يبيعوا ايها شاؤا وان شاؤا اتبعوا
الغاصب بالدية وان شاؤا القاتل وذلك لان القاتل يختلف باختلاف الاماكن
الا ترى ان الصبي لو كان في اهله دفعوا عنه القاتل فقد لا وليا الضمان من وجهين
على عاقلة الغاصب لتقريبه الصبي من سبب التلف وعلى عاقلة القاتل لمباشرة
القتل فكان لهم الخيار في المطالبة فان قتل ان الغاصب اذا كان كفا على السبب سقط
ضمانه مع المباشرة وصار كالمسك والقاتل وكحافر البئر ومن دفع احدهما وذلك
لان الغاصب وان كفا على السبب فان المباشرة التي حصل من القاتل كانا منه لا ترى
ان قرب اليها فكانت اخذ السيف فالقاء عليه قال فان اتبعوا الغاصب رجع على
القاتل وذلك لانهم اقاموا مقام انفسهم فيما كان لهم من الضمان وان اتبعوا القاتل
لم يرجع على الغاصب لان حاصل الضمان عليه قال وكل هذا الضمان على العاقلة
لانه ضمان جنائية قال ولو ان الصبي قتل نفسه او وقع من بئر او وقع عليه حائط
فمات فالغاصب ضامن على عاقلة الدية لان هذا يختلف باختلاف المواضع
فاما قتله لنفسه ففيه خلاف قد ذكر في اخر الباب قال وللغاصب ان يرجع

على صاحب الحايطة ان كان تقدم اليه رجوع عاقلة على عاقلة وذلك لان حاصل
الضمان على صاحب الحايطة لانه كالدافع له عليه قد ذكره في اخر الباب قال ولو قتله
رجل عمدا كان اوليا الصبي بالخيار ان شاؤا اتبعوا القاتل عمدا فقتلوه ويرى المغاصب
وان شاؤا تركوه واتبعوا الغاصب بالدية على عاقلة ويرجع على عاقلة الغاصب
من مال القاتل عمدا ولا يكون لهم القصاص وذلك لان الغاصب مقرب له الى القتل
عمدا فيثبت عليه الضمان بتقريبه ونسبه القصاص على القاتل بقتله وللا
الخيار فان ضمنوا الغاصب رجوع بالدية في مال القاتل لانه قام مقام الاوليا
في الضمان ولا يجوز ان يثبت له القصاص لانه ليس بولي للصبي ولان الدية وجبت
في القتل فيستحيل ان يجب به القصاص وجب استحقاق الدية على الغاصب شبهة
من القصاص فانتقل في مال القاتل وقام الغاصب مقام الاوليا في استيعابه قال
ولو ان الصبي قتل في يدي الغاصب رجلا فوده على ابيه وضمن عاقلة الصبي
دية الرجل لم يكن لهم ان يرجعوا على الغاصب بشي وذلك لان الصبي لا يضمن جنايته
وانما يضمن الغاصب الجناية عليه وذلك لم يوجد قال ابو يوسف وكان ينبغي في القياس
الا يضمن الغاصب الصبي الصغير على حال من الحال لانه ليس بمال الا ان يقتله
وانما ضمنه بالاستحسان لانه يقع ان يغصب الرجل صبيا صغيرا فيقتل
عنده او يصيبه اذ دابة اصابته او بين سقط فيها او عرف في يده ثم ابرته
من ضمانه فكانه بين ان القياس بقي الضمان وانما استحسن في تضمينه ما
كان جناية على الصبي فاما جناية الصبي فعلى اصل القياس قال ولو قتل الصبي
نفسه يضمنه الغاصب كل شيء جني على نفسه بوجه من الوجوه او على بصم

او يد او رجله فالغاصب ضامن له ما خلا الموت او امر ينزل به من السما
ليس من فعل الناس فان هذا لا يضمنه الغاصب قال واذا قتل الصبي
نفسه وضمنه الغاصب لم يرجع الغاصب على عاقلة الصبي ولذلك لو
ركبه دابة فالقي نفسه منها قال ابن سماعة وسمعت محمدا يقول في الصبي
اذا قتل نفسه او طرح من الدابة نفسه فلا ضمان على الغاصب وجه قول
ابي يوسف ان قتله لنفسه او طرح من الدابة نفسه فلا ضمان على الغاصب
يكن اهله يحفظه منه فكان من ضمان الغاصب كقتل الغير له ولانه
لما ضمن الجناية عليه ضمن جنايته على نفسه كالعبد وجه قول محمد انه
لو ضمن جنايته على نفسه ضمن جنايته على غيره كالعبد فلما لم يضمن جنايته للصبي
على غيره كذلك على نفسه فاما قول ابي يوسف ان الغاصب لا يرجع على عاقلة
الصبي بما عزم فلان الصبي لا يثبت حكم جنايته على نفسه واذا لم يتعلق بذلك
حكم الضمان لم يجب على العاقلة قال ولو غصب رجل رجلا مديرا له فمات المدير
في يدي الغاصب ضمن قيمته في قول اصحابنا جميعا وهو في ضمان الغاصب بمنزلة
ضمان العبد وذلك لان المدير لرقبته قيمة بدلالة انه يسعى لحق الغرماء ولحق
الورثة فصار كالعبد قال وان غصب ام ولد فماتت في يده لم يضمنها في قول
ابي حنيفة واذا ماتت ميتة نفسها قال ابو حنيفة ام الولد ليست بمال لانها
لا تنبع في دين بعد موت مولاه وانها حرة من جميع المال قال محمد فان غصبها
غاصب مما تم في يده ببعض ما وصفت لك ان يضمن في الصبي الحرة فان قياس
قول ابي حنيفة ان الغاصب يغرم قيمتها حالة في ماله وذلك قولنا وقول ابي يوسف

لان ابا حنيفة كان يضمن الصبي الحر وليس بما له فانه الولد احق ان يضمن بايها
اقرب الي ان يكون ما لا من الصبي الحر وهذا كله قول ابي حنيفة وقياسه وهو قول
ابي يوسف وقولنا يعني في ضمان الصبي من ضمان الصبي فاما الولد فهو عند ههما
بمنزلة الامة تضمن كما تضمن الامة التي ليست بام ولد في الغصب اما ضمان ام الولد
بالغصب فقد بيناه في البيوع وذكر وجه قول ابي حنيفة ان المولى لا يملك
منها الا المنافع بدلا له انها لا تنسعي بعدموته بحال والمنافع اذا ائتمت
لا قيمة لها وجه قولها ان حق الجزية يثبت لها كالمدرسة وذلك لا يمنع
ضمان الغصب فاما قياس محمد ام الولد على الصبي الحر قوله انها تضمن
بما يضمن به الصبي فليس بصحيح لان الصبي يضمن لانه لا يقدر على حفظه
نفسه وهذا لا يوجد في ام الولد وقال ابن سماعة عن ابي يوسف انه
قال في ذلك كله يضمن وفي الجامع الصغير عن ابي حنيفة في رجل
غصب ام ولد رجل فماتت في يده قال لا ضمان عليه وان غصب مدرسة
فماتت في يده فهو ضمان لقيمتها وقال ابو يوسف ومحمد يضمن في ام الولد
كما يضمن في المدرسة وعن ابي حنيفة في رجل باع ام ولد له او مدرسة له رجلا فماتت
في يد المشتري قال لا ضمان عليه وقال ابو يوسف ومحمد يضمن قيمتهما جميعا في
الغصب والبيع اما الغصب فقد بينا واما مسألة البيع فوجه ما ذكره
ابو الحسن ان ضمان البيع الفاسد ضمان الغصب والمدرسة يضمن فكذلك في البيع
الفاسد ضمان الغصب والمدرسة يضمن بالغصب واما وجه ما ذكره في الجامع
الصغير فلان المقبوض في البيع الفاسد لا يضمن باليد فحسب وانما يضمن

بالسلب

١٢٤
بالسلب على الملك والتسليم لا يحصل بالعقب وكذلك التسليم انما يحصل
فيما يملك بالعقود فاما لا يملك ولا يتعلق به الضمان كما قالوا فيمن اشترى ميتة
او دم وقبض فانه لا يضمن اذا هلك لانه ليس في مقابلة بدل فلم يوجد تسليم
على ما يملك ولان الغصب يضمن به ما لا يضمن بالعقود فيجوز ان يضمن المدرس
بالغصب وان لم يضمن بالعقد واما الكاتب فلانه في يد نفسه فلا يضمن
باليد كالمحرر **باب يجمع مسائل مختلفة اغفلها**
ابو الحسن قال طحا صاحبنا اذا غصب الرجل عينا
من الاعيان بعينها وادعي هلاكها فانه محبس حتى غضي من الزمان
مدة لو كانت في يده لا ظهرها وذلك لان حق المالك متعلق بالعين
فاذا ادعي هلاكها والظاهر بقاؤها فريده ان يسقط حقه عن
العين وينقله الي القيمة فلا يصدق ولذا لم يقبل قوله في هلاكها
فقد منع من رد مستحق مع القدرة فحسب فاذا انصا دقا على
هلاكها او قامت بينة بذلك او مضى من الزمان مدة لو كانت باقية
لا ظهرها فيضمن القيمة لان العين بعد ردها ولا مثل فوجبت
قيمتها فان اختلفا لقول قول الغاصب وعلى المفصوب البينة
وذلك لان الغاصب هو الذي لزمه الضمان فالقول قوله الغاصب
وعلى المفصوب في مقداره فان قضي عليه بالقيمة بينه اقامها المدعي وبكول
الغاصب ثم ظهرت العين فلا سبيل لصاحبها عليها لان الضمان من اسباب
التملك عندنا فقد ملكها بالضمان ورضي المفصوب بالقيمة التي ادعاها

الاتري ان المالك يقضي عليه بدعوى المدعي واما اذا قضي عليه بقول ثم ظرت
العين وقيمتها مثل ما قال الغاصب او اقل فلا سبيل لصاحبها عليها لانه
استوفى البذل ولم يظهر فيه زيادة واما اذا كانت القيمة اكثر مما
قال الغاصب فالمغضوب بالخيار وذلك لانه لم يستوف بذل
العيب الذي ادعاه ولم يررض بزوال ملكه عنها بما دون ذلك من البذل
فكان له الخيار وكان ابو بكر الرازي يقول ان هذا محمول على ان هذه الزيادة
لا تجوز ان يكون ما يحدث مثلها فيما بين التضمن والظهور فاما ان كانت
مما يجوز ان تحدث فادعي الغاصب انها حدثت وادعي المغضوب انها كانت
فالقول قول الغاصب لان التملك قد صح ويجوز ان يكون الامر على ما قاله الغاصب
فلا يفسخ التملك بالسك وقال ابو بكر وهذا الذي يقتضيه قياس قوله
عندي ولا رواية عنهم ومن اصحابنا من قال لا رواية في العين اذا ظهرت
وقيمتها مثل ما قال الغاصب هل يثبت للمالك خيار افلا وهذا موضع يحتمل
وقد قال محمد في الغصب ما يدل على ان يثبت له الخيار لانه قال في تعليقه
مثل الغيبة اذا كانت ناقصة لان الملك لم يستوف ما ادعي من القيمة وهذا
يدل على ان الغيبة وان كانت تامة فالخيار ثابت لانه لم يستوف ما قال
من الغيبة بوجه ذلك ان المغضوب كالمكره على نقل حقه من العين لا يدل
لم يررض به والمكره يثبت له الخيار في الفسخ وذكر ابو يوسف في الاملا ما يدل
على انه لا خيار له لانه قال في تغليل مثله نقصان القيمة لان المالك لم يستوف
القيمة بكاملها وهذا بالغيبة حين طالب بها ومطالبته بمقدار قيمة العين

صحيحة ومطالبته بما زاد عليها لا يصح فكانه طالب بمقدار قيمة العين ولم
له ذلك فلا يثبت له خيار مسيله قال اصحابنا اذا استهلك المسلم خمر او علي ذي
ضمن قيمتها ولذلك الحري قال الشافعي لا يضمن لنا ما روي ان عمر بن الخطاب
كتب الى عامله اقتلوا الخنازير واحسبوا الاربابها بقيمتها من الجزية ذكره
ابو عبيد في كتاب الاموال وهذا محضرة الصحابة من خلاف ولان الخمر شراب
لهم فاذا ائلفه فتلف ضمنته كسائر اشريتهم وقد قالوا فيمن ائلف صليبا
على نصراني ضمن قيمته صليبا لانا قدرناهم على هذا الصبيغ فصار كالحمر
التي اقدرناهم عليها وقد قال اصحابنا ان الذي يمنع من كل فالمنع منه المسلم
الاشرب الخمر واكل الخنزير لا ما استثناه بالامان قالوا وان عنوا وضربوها
بالعبدان منعناهم من ذلك كما يمنع المسلمين لانه لم يستثن بعقد الامان
فصل ولو ائلف حربي على ذمي خمر او اسلم المغضوب او اسلم المغضوب
ثم اسلم الغاصب او اسلم معه سقطت الخمر ولا يملكها واذا سقطت المطالبة بسبب
من جهة صاحب الحق سقط الحق كما يسقط بالبراة واما اذا اسلم الغاصب وحده
او اسلم الغاصب ثم المغضوب سقطت الخمر في رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة
وهو قول ابي يوسف ورفي زفر ومحمد وعاصم عن ابي حنيفة انها لا تسقط
وهو قول محمد وزفر وجه رواية ابي يوسف ان الخمر سقطت المطالبة بها
باسلام قصار كالاسلام المغضوب ولان تضمن المغضوب المسلم قيمة الخمر
يفتق تملكها منه الاتري ان الغصب اوجب الضمان بشرط التملك والمسلم
لا يجوز ان يملك الخمر ولا يقال فلا ضمنوه وان لم يملك كما لو غصبها وهو مسلم

لأن غضب المسلم اوجب الضمان على وجه لا يتعلق به التملك وغضب
الذي اوجب الضمان على وجه يتعلق به التملك لا تزي ان المخركا نت
في ذمته الى جنا سله وانما سقطها عن ذمته بالغنية وذلك لا يجوز ولا يلزم
على هذا اذا تزوج ذمي ذمبة على خمر ثم اسلم لان الاسلام اوجب سقوط التسمية
والبدل يجب عن البضع لا عن الخمر فلم يكن في ذلك ملك للمخرو حدر رواية محمد
ان المخركا نت في ذمته الغاصب لتعذر تسليمها باسلامه فكانه استهلكها
في ذلك الوقت فتغير قيمتها **فصل** قال اصحابنا اذا غضب الغافاحله
الغاصب بها شرا جاز وقال زفر لا يجوز وجه قولهم انه دين في الذمة لا يجب
قبضه في المجلس ولا وجب على طريق الشرع فجازنا جيله كالامان وجه قول زفر
انه مضمون من غير بدل مشروط كالقرض وعلى هذا قال اصحابنا اذا استهلك
فلما يضمنه الحاكم قيمته جاز ان يفترقا قبل القبض وقال زفر وجه قولهم
انه دين لم يجب بعقد فلا يعتبر فيه القبض في المجلس لبدل المستهلك
وجه قول زفر ان الغنية عوض و تملك الذهب بالفضة من شرطه القبض
في المجلس **فصل** قال اصحابنا اذا ابر المغمصوب الغاصب من ضمان
العين وهي قايمة في يده سقط ضمانها وقال زفر لا يسقط لنا ان الضمان ثابت
في الذمة غير مستقر ولو استقر سلف العين جازت البراءة منه فاذا
لم يستقر اولى وجه قول زفر ان البراءة لا يتعلق بها حكم في الايمان فسقطت
وكانه لم يبر **فصل** قال ابو يوسف اذا قال رجل لرجل غصينا
منك الغائم قال ككاشرة لم يصدق وقال زفر يصدق وجه قول ابي يوسف

١٢٦
ان لفظ الجمع يعتبر عن الواحد على طريق التعظيم فكانه قال غضبت ولان
هذا اللفظ انما يصح حمله على الجماعة اذا عرفهم فاذا لم يعرفهم كان لغوا
وحمل اللفظ على الصحة اولى من حمله على اللغو وجه قول زفر ان لفظ الجمع
في الحقيقة يتناول الجماعة على الواحد على وجه المجاز فكان القول قول من
يدعي الحقيقة **فصل** قال اصحابنا منافع العين المغمصوبة لا تضمن
بالغصب وقال الشافعي تضمن لنا اجماع الصحابة وهو ان عمر بن الخطاب
وعلى بن ابي طالب رضي الله عنهما قضيا في المغرور بوجوب العقر وقية
الولد ولم يقضيا بقية منافع الجارية وهذا محض من الصحابة من غير
خلاف فلانها منافع استوفاهما من غير عقد ولا شبهة فلا يلزمه
بدلها كالزني بالحرقة المطاوعة ولانها منفعة العين المغمصوبة فلا
يضمن الغصب من بضعها **فصل** قال اصحابنا اذا اجر الغاصب
احد العبد المغمصوب فالاجر له ويتصدق كمنفعة بها لقوله صلي
الله عليه وسلم الخراج بالضمان والغلبة بالضمان ولانه انفراد
بعقد الاجارة فوجب ان يكون الاجر له اصله الراهن اذا اجر الراهن
فصل ذكر في الاصول من فتح باب قفص فطار منه طائر
لم يضمن وكذلك لو فتح باب الدار فهرب منه العبد او حل قيد العبد
فهرب وروى عن محمد انه قال في دابة في مربي رجل جاسان ففتح
الباب فذهبت الدابة قال محمد هو ضمان لها ولو حل ربا لها رجل
وفتح اخر الباب فالضمان على الذي فتح الباب وقال في العبد اذا حل

قيد او فتح الباب عليه حتى هرب لم يضمن الا ان يكون العبد مجنونا
قال وقال ابو حنيفة لا ضمان في جميع ذلك وقال الشافعي ان
طار الطائر من فوه ضمن وان كان بعد مهلة لم يضمن لنا انه سبب
غير ملجئ فاذا انضم اليه فعل الحيوان لم يتعلق به ضمان اصله هو
حبس عنده وعلق عليه الباب فجاء انسان ففتح الباب وجهه قول محمد
ان البهائم لا قصد لها فاذا فتح الباب عليها فهو سبب للاتلاف ولم
يتضمن اليه فعله يتعلق بقصد وحكم فكان الضمان عليه فاما
العبد فله قصد واختيار فتعلق الحكم بفعله وسقط حكم
السبب كما يسقط حكم المباشر مع السبب وقد قال اصحابنا
فمن حل رباط الزيت فان كان ذابا ضمن لانه لم يوجد هناك
فعل من حيوان وانما يقف الزيت برباط الرق فاذا حل الرباط
فهو كالدافع للزيت فصار كمن يقر طائرا حتى طار ولو كان السمن
جامدا فحل الرباط فذاب السمن فسال لم يضمن لانه ليس بدافع للسمن
وانما تلف بفعل غير فلا يضمن كما لا يضمن بفتح القفص **فصل**
قال ابو حنيفة اذا كسر رجل على رجل ربطا او طبلا ضمن قيمته
خشبا منخوتا وقال في المنتقى عن ابي حنيفة يضمن قيمته خشبا
محلها وانما الذي يحرم منه التاليف وقال لا ضمان عليه لئلا يها
عن ابي حنيفة الانتفاع بها من وجه وحرم من وجه فاذا اتلفها من
قيمتها من الوجه الذي يباح الانتفاع به كمن اتلف جارية مغنية

وجه قولها انه ما موربانا فلها روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
لعيب بكسر الميم المغارف وقتل الخنازير واذا فعل الما مور لم يضمن
ولانها آلة معدة للمعاصي لا تستعمل في الغالب الا فيها فلم يضمنها بالاتلاف
فصل وقال في رجل اغتصب من رجل فباعه من آخر
فاجاز للمغتصب البيع ولا يعلم ما حال العين قال البيهقي في قول
ابي يوسف الاول وهو قول محمد الا ان يعلم الهلاك فبطل الاجارة
ورجع ابو يوسف ببغداد وقال البيهقي فاسد الا ان يعلم ان العين
قائمة في حال الاجارة وجه قول ابي يوسف الاول ان الاصل بقاء العين
والهلاك معني طاري فوجب ان يحكي سماعها الا ان يثبت غير ذلك
وجه قوله الاخر ان البيع انما يجوز بالاجارة ومن شرطها بقاء العلقدين
والمعقود عليه فاذا لم يعلم ذلك لم يجز العقد بالشك **فصل**
قال محمد اذا احرق الرجل بابا منخوتا عليه ثماثيل منقوشة ضمن قيمته
غير منقوشة مما سل فان كان صاحبه قطع روس الثماثيل قبل ذلك
ضمن قيمته منقوشا وذلك لان نفس الثماثيل على الباب معصية
فلا يجوز ان يتقدم في الضمان كما لا يتقوم الغنا في الجارية المغنية
فاذا قطع روس الثماثيل فذلك نقش غير ممنوع منه فيقوم على
الغاصب وقال فيمن احرق بساطا فيه قصا ويرى رجال ضمنته قيمته
مصورا لانه الثماثيل في البساط ليست بحرممة الا ترى ان البساط

يوطا واذا لم يكن محرمة ضمنها وقال فيمن هدم بيتا مصورا بالاصباغ
تماثيل ضمنته البيت واصباغه غير حصور لان التماثيل في
البيت منهي عنها وقال فيمن قتل جارية مغنية خطا ضمنته قيمتها
غير مغنية الا ان يكون الغنا ينقص قيمتها فاضمنه على ذلك
لان الغنا معصية لا يجوز ان يقوم على الغاصب فان كانت
سعر الغنية فزوعيب فعنده في حق الغاصب **فصل**
وقالوا في ارض بين شريكين زرعها احدهما ونبت الزرع فتراضيا
ان يعطي الذي لم يزرع للذي زرع مثل نصف البذر ويكون الخارج
بينهما جاز ذلك لان بيع الحسيس بالحنطة جاز وقد باعه نصف
ذلك بنصف البذر وان كان البذر لم ينبت لم يجز لانه لا يدري ما
تلف منه تحت الارض فاذا ملكت عمل كله لم يوجد فيه الماثلة
فلم يصح قالوا فان نبت الزرع فطلب الذي لم يزرع القلع قسمت
الارض بينهما ثم امر الذي زرع ان يقلع ما في نصيب شريكه ويغم
له نقصان الزراعة ان كان من نقصت وذلك لان الزرع حصل
في نصيبه ونصيب شريكه وزرعه في نصيب نفسه يجوز ان
يقلع ولا يمتنع ذلك الا بالغنية **فصل** قال اصحابنا
اذا غصب رجل ثوبا فغصبه رجل من يده ثم رده عليه بري
لان الغاصب له يد صحيحة الاتري انها يد صان فجاز الرد عليه

٢٨
كما يجوز على المالك فان احرق هذا الثوب رجل في يد الغاصب
فدفع الغنية الى الغاصب بري في الرواية المشهورة وروي عن
ابي يوسف انه قال لا يبرأ الا ان يرد ها يحكم حاكم وينبغي للحاكم
اذا علم ذلك الا ما ردد دفع الغنية الى الغاصب ولكنه يعيدها الى
المالك وجه قولهم المشهور ان الغاصب له يد صحيحة فصار كالمالك
ولانه لو رد عليه العين بري من الصنان فلذلك اذا رد عليه الغنية
كالمودع وجه قول ابي يوسف ان المغصوب ثبت له حق في
تضمين الغاصب وغاصب الغاصب فلا يسقط حقه من ذلك
الا برضاه فاما اذا قضى القاضي بالغنية فقد حصل حكمه في موضع
يسوغ فيه الاجتهاد والذي قاله ابو يوسف ان الحاكم اذا علم بالحال
لم يسعه القضا فوجهه ان رد الغنية الى الغاصب تقرير للغصب
وتضييع للمالك في حق ما لكة فكان الاحتياط عليه اولى مسألة
قال ابو حنيفة وابو يوسف اذا باع الغاصب العبد وقبضه
المشتري فاعتقه ثم ان المالك اجاز البيع جاز عتق المشتري
استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول محمد وجه قولها ان
العتق فيه معنى القبض بدلالة ان المشتري اذا عتق العبد
في يد البائع صار قايضا والقبض من حقوق العقد فاذا اجيز
العقد جاز حقوقه فنقد العتق ولا يلزم على هذا اذا باع عبدا
وشرط الخيار لنفسه فقبضه المشتري فاعتقه ثم اجاز البائع

البيع لم يجز العتق في قولهم لان الاجارة في بيع الخيار شرط للفسخ فاذا اجاز
 البايع فانما اسقط في حق فسخه ونحو قلنا ان الاجارة للعقد تقتضي
 جواز حقوقه فلا يلزم ما وضع الاسقاط الفسخ والفرق بينهما
 من طريق المعنى ان البايع انما يشترط الخيار لنفسه ليمنع من تصرف
 المشتري فلو وقف تصرف المشتري كان ذلك منه ما قصد
 البايع بالخيار فاما في مسئلتنا فلم يوجد من المالك شرط يمنع
 به من تصرف فكذلك المشتري جاز ان ينفذ عند الاجارة ولان
 عتق المشتري وجد بعد تمام سبب الملك لا تزي ان سبب الملك
 هو الاتجاب والقبول المطلق وقد وجد ذلك وانما وقف البيع
 على اجارة غيرها فاذا اجاز نفذ العتق كالمشتري من الراهن
 اذا اعتق ثم اجاز المرتهن المبيع والمشتري من الورثة وعلى الميت
 دين مستغرق واذا اعتق ثم ابرأ الغريم من الدين وقضاء الورثة
 والدليل على ان الاتجاب والقبول المطلق سبب الملك ان غاصبا
 لو غصب فلما اغصب اخر ان فتبايعا وتقابضا ثم افترقا ثم
 اجاز المالك ان جاز عقد التصرف ولو جود عقد التقابض بعد
 الاتجاب والقبول المطلق ولو لم يكن ذلك سبب الملك لم
 يعتد بالتقابض قبل الاجارة ولا يلزم اذا باع بشرط الخيار
 فعتق المشتري لان العتق وجد قبل تمام الملك لا تزي ان الاتجاب
 والقبول لم يوجد مطلقا ولا يلزم على هذا اذا مات الرجل وخلف

١٢٩
 ثلاثة اعبد له غيرهم فاقر الورثة انه اوصى باحدهم بعينه لرجل
 وسلم اليه ثم ادعى رجل اخر انه اوصى له بعبد من الباقيين فاقام
 البينة وفضي القاضي بها فاعتق المقر له العبد واسترجعه الورثة
 منه ثم عاد العبد اليهودي لوصية به الي ملكهم بشرى او ميراث
 نفدت الوصية في العبد المقرب ولم ينفذ العتق وذلك لان القاضي
 لما قضى بالوصية باحد العبدين الباقيين فقد فسخ سبب الملك
 فلم يوجد العتق بعد سبب الملك التام ولان حق الفسخ هاهنا
 ثابت للورثة فلم يقف التملك على اجارة غير المتعاقدين اذ الورثة
 قاموا مقام الميت ولا يلزم على هذا اذا اوصى رجل لرجل باحد
 عبيدين بغير عينه فاعتق الموصي له بعد موت الموحد احد
 العبدين بعينه واختار الورثة تعيين الوصية فيه لم ينفذ
 العتق لان هذه المسئلة ذكرها في الجامع الكبير واطلق الجواب
 ومن اصحابنا من قال انه قول محمد خاصة ولان العتق هاهنا لم يقف
 على اجارة ثالث وانما وقف على تعيين الورثة الذين يقيمون مقام
 العاقد فكانه وقف على حق العاقد ولا يلزم المشتري من المكر
 اذا اعتق ثم اجاز المكر فانا قلنا ان سبب الملك وهو الاتجاب
 والقبول وجد مطلقا واما وقف العقد على اجارة الثالث
 وفي مسئلة الاكراه انما وقف على حق الثالث فهو كمسئلة شرط الخيار
 وجه قول محمد ان العتق وقف على الاجارة المالك والبيع وقف على

اجاز المالك فلو اجاز العتق بطل البيع فكذلك اذا اجاز البيع
بطل العتق والجواب انه اذا اجاز العتق فقد بطل الملك في
المعدا وخرجت رقبته من ان يكون محلا للبيع فكذلك بطل
البيع واذا اجاز البيع فلم يخرج الرقبة من ان تكون محلا للعتق
فكذلك جاز ان ينفذ العتق والمعدان هذه الرقبة تنفذ فيها
عتق المغضوب وكل رقبة ينفذ فيها العتق من واحد لا ينفذ
فيها من غير فلو قلنا ان عتق المشتري ينفذ لنفذ عتقه فيما
ينفذ فيه عتق غيره وهذه المسئلة بعد من الاحاد لهذا المعنى
وهو القياس عندنا وانما استحسن لما قدمنا ثم كتابا الغصب
بحمد الله وحسن توفيقه اللهم اعفر لكتابته ولجميع المسلمين
والمسلمات يا ارحم الراحمين **كتاب**
الديات قال الشيخ الدية عبارة عما يودي فكما
كان القتل يوجب ما لا يدفع الى الاوليا سمي ذلك دية وقد خصوا
بهذا الاسم ما يودي في بدل النفس دون ما يودي في بدل المتلفات
ولم يسموا ما يجب فيمادون النفس دية وان كان يودي بدل النفس
لانهم لا يشتقون الاسم ولا يطردون على الاشتقاق قصدا منهم
الى التعريف بالتخصيص وقد سمي الفقهاء هذا الكتاب كتابا لديات
وان كان يشتمل على الفضاير والديات لانهم قصدوا ان يبينوا
احكام الجنايات على الادميين والاغلب فيما يتعلق بالجنايات الدية

والنفاص

١٤ -
والفضاير اقل الاتري ان الدية تجب في الخطا وشبه العمد وتجبي في
العمد على بعض الاحوال فلما غلب وجوبها نسبوا الكتاب الى الدية
وقد قال محمدان القتل على ثلاثة اوجه عمد وشبه عمد وخطا
ونقل ابو الحسن هذه العبارة وكان ابو بكر الرازي يقول القتل
على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطا وما اجري مجري الخطا
ونوع ليس بعمد ولا خطا ولا جري مجري الخطا فاما قتل العمد
فهو ان يتعمد الضرب بسلاح او بما يجري السلاح في تفريق الاجزاء
وهذا قول ابي حنيفة وقال ابي يوسف ومحمد العمدان يتعمد الضرب
بما يقتل في الغالب وقيل العمد يتعلق به احكام اولها الماشي لقوله
تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا جزاؤه جهنم خالدا فيها وقال النبي
صلى الله عليه وسلم ان اعنى الناس على الله ثلاثة رجل قتل غير قاتله
ورجل قتل في الحرم ورجل قتل بدخل الجاهلية وروى انه قال
الا ان دماكم واموالكم حرام كحرمة يومى هذا في بلدي هذا في شري
هذا وروى ان محمدا بن جثامة قتل رجلا بدخل الجاهلية فقال
الله لا ترحم محمدا فدفن فلفظته الارض ثم دفن فلفظته الارض
ثم دفن فلفظته فقال صلى الله عليه وسلم انها لتطابق علي
من هو اعظم جرما منه ولكن اراد الله ان يبين لكم حرمة الدم
وهذا معنى محرم بالعتق وانما ورد الشرع بتاكيد ما دل العقل
عليه والحكم الثاني القود بدلالة قوله تعالى ومن قتل مظلوما

فقد جعلنا لولييه سلطانا والسلطان القتل بدلالة قوله تعالى
 فلا يسرف في القتل انه كان منصورا وقوله تعالى وكتبنا عليهم
 فيها ان النفس بالنفس وشرايع من قبلنا لارمة لنا الا ما ثبت
 نسخته وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود معناه حكم العمد
 القود وقال صلى الله عليه وسلم كما بابا لله القضا ص معناه حكم الله
 ولا خلاف في ذلك وانما اختلفوا في ثبوت المال بغير رضي القاتل فقال
 اصحابنا موجب القتل القود الا ان يتراضيا بالعوض وقال المشافعي
 في احد قوليه موجب القتل اما القود واما الدية والخيار في ذلك الي
 الولي وفي القول الاخر ان الموجب القود الا ان للولي ان ينقله الى الدية بغير
 رضي القاتل والدليل على ان الموجب القود دون غيره قوله صلى الله عليه وسلم
 العمد قود ولان القود قد صار في حكم المثل في المتلفات واثلاث ما له
 مثل لا يتعلق به الا المثل ولانه احد نوعي القتل فكان موجه واحدا كالحظا
 وشبه العمد واذا ثبت ان موجب القتل القود فالولي قادر على استيفا
 حقه من جنسه بكماله فلا يجوز ان يعدل الي غيره كالمثل في المتلفات
 ولا ما سنا ان القضا صار جري مجري المثل والقادر على مثل حقه لا يجوز
 له ان يطالب بقيمته واما اذا تراضيا بالدية جاز لقوله تعالى
 فمن عفي له من اخيه شي فاتباع بالمعروف ومعناه من بدل له
 اخوه شيافليقبله لان العفو عبارة عن الفضل قال الله تعالى
 ويسالونك ماذا ينفقون قل العفو يعني الفضل **فصل**

ولا كفارة

ولا كفارة في قتل العمد عندنا وقال الشافعي يجب فيه الكفارة لنا ان الله تعالى
 ذكر قتل العمد وحكمه والخطا وحكمه وبين الكفارة في احدهما دون الاخر فلو كانت
 واجبة في العمد كوجوبها في الخطا لبينها ولا يجوز ان يقال انه اكتفي بذكر ما
 في الخطا ان الله تعالى ذكر انواع القتل الموجب للكفارة وكرر الكفارة في كل
 قتل فذكر قتل المومن في دار الاسلام والمعاهد والمسلم في دار الحرب
 ولم يكتف بذكر الكفارة في بعض المواضع عن بعض فلو كانت واجبة في
 العمد لم يكتف بذكرها في الخطا ولانه سبب للقتل فلا يتعلق به الكفارة
 كزني المحصن ولانه مال يتعلق بالقتل الخطا فلا يتعلق وجوبه بقتل
 العمد كالدية **فصل** ويتعلق العمد حرمان الميراث لقوله صلى الله
 عليه وسلم لاميراث لقاتل وقال ليس لقاتل شي وقال لاميراث لقاتل بعد
 صاحب البقرة واما شبه العمد فهو عند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب
 بما ليس بسلاح ولا يجري مجري السلاح في تفريق الاجزاء وقال ابو بوب
 ومحمد ان يتعمد الضرب باله لا يقتل مثلها في الغالب وهو قول الشافعي
 وجه قول ابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطا العمد
 قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل ولم يفصل بين العصا
 الصغيرة والكبيرة وفي حديث ثمان بن بشير ان النبي صلى الله عليه
 وسلم قال كل شيء خطا الا السيف وفي كل خطا ارش وعن علي رضي
 الله عنه انه قال في شبه العمد الحذفة بالعصا والقدقة بالحجر
 ولانه قتل بما ليس بسلاح ولا يجري مجري السلاح في تفريق الاجزاء

فصار كالعصا الصغيرة ولأنه آلة لا تجوز الذكاه بها فلا تجب
 القصاص بها كالسوط ولا يلزم إذا أحرقه بالنار لأن النار يقع
 بها الذكاة ولو جعلت على موضع الذبح فقطع الحلقوم حل أكله
 وجه قولها ما روي أن يهود يارمخ رأس جارية من الأنصار بين
 حجرين فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم رأسه ولأن القصد
 إلى الضرب بالآلة يقتل مثلها في الغالب يتعلق به القصاص كالحد
فصل وقد قال مالك في الأعراف في القتل إلا العمد والخطا
 فما شبه العمد فلا أعرافه وهذا فاسد لقوله صلى الله عليه
 وسلم إلا أن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا ولأن الصحابة
 اتفقوا على تغليظ دية شبه العمد وإن كانوا اختلفوا في كيفية
 التغليظ فدل على أنه نوع غير الخطأ والعمد ولا يقال إن القتل
 إما أن يكون خطأ أو يكون عمدا لأنه يجوز أن يجتمع فيه الحكمان
 ألا ترى أنه يتعمد الضرب ويخطئ في طلب القتل لأنه لم يقصد
 القتل حين ضرب بالآلة لا تقتل فكان ذلك عمدا في القصد وخطأ
 في الآلة وهذا الاسم إنما هو في الشريعة فاما أهل اللغة
 فلا يعرفونه **فصل** ومن حكمه المأثم لأنه تعمد
 الضرب وذلك يتعلق به المأثم قصد القتل ولم يقصد ولا
 يتعلق به القصاص لأن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب فيه
 الدية ولأنه لما حصل له حكم الخطأ من وجه وحكم العمد من

وجه كان ذلك شبهة في سقوط القصاص **فصل** وفيه الدية مغلظة
 لقوله صلى الله عليه وسلم فيه مائة من الإبل بل منهما أن يعرف خلفه في
 بطونها أولادها وقد روى عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد وأبي موسى الأشعري
 والمغيرة بن شعبة تغليظ الدية وإن اختلفوا في كيفية التغليظ فصار
 ذلك ثابتا بالاجماع والكلام في كيفية التغليظ منه من بعد أن شأ الله تعالى
فصل قال وهن الدية تجب على العاقلة قال الشيخ وجملة هذا
 أن كل دية تعلق وجوبها بالقتل على العاقلة كدية الخطأ وكل دية وجبت
 بمعنى حادث فإنها في مال القاتل كما يجب بالصالح ولهذا كان أبو الحسن يقول
 إن كل من قتل أسده عمدا يوجب قتله القود ثم يسقط إلى الدية لأن القتل
 لو أوجب الدية لكانت على العاقلة والدليل على وجوب الدية على العاقلة
 ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل على كل بطن من الأنصار عقوله وروى
 في حديث المغيرة قال كنت بين جاريين في ضربت أحدهما الآخر بمسطح
 خيمه فقتلتهما والقتل جنيما ميتا ف قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
 على عاقلة الضاربة بالغرق فقام حمل من مالك فقال كيف بدي من
 لا أكل ولا شرب ولا صاح فاستهل ومثل ذلك بطل فهذا يدل على
 أن القضا وقع على العاقلة وقد قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه
 بالدية على العاقلة محضرة الصحابة من غير خلاف وهذا لا خلاف
 فيه إلا ما حكى عن الأصم أنه قال لا يلزم العاقلة الدية لقوله تعالى
 ولا تذر أزره وزر أخرى وقال صلى الله عليه وسلم لا يرمي رمثه لما دخل

عليه ومعه ابنه من هذا فقال ابني قال انه لا يجني عليك ولا يجني عليه
ولان قيم المتلفات لا يطالب بها العاقلة فكذلك بدل الانفس
وهذا ليس بصحيح لان قوله تعالى ولا تزوا ازرة وزرا خري الماد
به في احكام الاخرى بدلالة ما بينا من الاخبار وقوله لا يبي رمته
انه لا يجني عليك ولا يجني عليه المراد عن ظاهره لان كل واحد
منهما يجني على الاخر واذا نزل ظاهرا للفظ لم يصح التعلق
به الا في موضع يدل الدليل عليه فاما القياس على بدل
المتلفات فلا يصح في معارضة النص والاجماع والذي يدل
من طريق العقل على حسن ذلك ان الله تعالى اوجب حقوقا في الاموال
لمتعة العيز وهي الصدقات فلا يمنع ان يوجب هذا الحق في مال
العاقلة لمنفعة القاتل ولان القاتل انما كان يقبل بصريح
فصاروا كالمشاركين له في القتل ولا تهم يتحملون عنه اذا قتل
ويتحمل عنهم اذا قتلوا فيؤدي ذلك الى التخفيف عن كل واحد منهم
وهذا غير ممنوع فاما المتلفات فانها لا تكتفي في العادة فلا تحتاج
الى التخفيف والدية مال كثير يخفف القاتل فكذلك يحتاج الى التخفيف
فصل قال اصحابنا ان التغليظ لا يكون الا في الدية من
الابل ووزغيرها وذلك لان القياس يمنع التغليظ لان عمدة
الاثلاف وخطاه في باب العرق سوا وانما تركوا القياس في
الدية من الابل لغلطوها بالخبر وما سواها على اصل القياس

فصل وانما اوجبوا دية شبه العمد على العاقلة حديث
المغيرة ان المرأة تعمدت الضرب فوجب النبي صلى الله عليه وسلم الدية
على العاقلة لحديث المغيرة لان هذا القتل اجري مجرى الخطا في وجوب
الدية فكذلك في مجمل العاقلة **فصل** ويكون ذلك عليهم في ثلاث
سنين وكذلك كل دية وجبت بنفس القاتل فاما اذا وجبت الدية
بالصلح في حالة والاصل في التاجيل ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه
قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين بحضرة الصحابة من غير خلاف
فصل وفي شبه العمد الكفارة لان القاتل احد فابلى امان
اوجيها في كل قتل او من اوجيها في الخطا وشبه العمد فصار وجوبها
في شبه العمد بالاجماع وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل
عن رجل اوجب يعني النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقية يعتق
الله بكل عضو منها عضوا منه من النار والنار لا تجبالا في شبه
العمد وبالعمد ولان الكفارة موضوعة لتكفير الماثم والخطا لا ماثم
فيه فلا بد ان يكون في وجوبها في بعض المواضع ماثم ووجوبها في
الخطا يلحق به وليس ذلك الموضع في وجوبها في بعض المواضع
ماثم ووجوبها في الخطا يلحق به وليس ذلك الموضع الا شبه العمد
وهذا خلاف قول مالك **فصل** وتعلق به حرمان الميراث
لانه تعمد الضرب فلا يؤمن ان يكون تعمد القتل **فصل**
واما الخطا فهو على ضربين اما ان يتعمد الرمي الى عرض او صيد

فنجيب ادبيا او يري شخصاً فظنه صيداً فاذا هو ادي او يظنه
 حربياً فاذا هو مسلم واحداً الامر من خطا في الفعل والآخر خطا في
 القصد ولا مائثم في واحد منهما لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امي
 الخطا والنسيان وفيه الكفاية بنصر القرآن ولا قود فيه لان الله
 تعالى ذكر الخطا وذكر حكمه وهو الدية ولم يذكر القصاص وفيه
 الدية بنصر القرآن قال الله تعالى وما كان لمومن ان يقتل مومناً
 الا خطا ومن قتل مومناً خطا فتحرير رقبته مومنة ودية
 مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا والدية على لعاقلة في ثلاث
 سنين لما قدمنا وحرّم الميراث لقوله صلى الله عليه وسلم لا ميراث
 لقاتل وهو عام لانه لا يوم من ان يكون قصداً في باطن واظهر الخطا
فصل واما النوع الذي اجري تجري الخطا فهو النائم
 اذا انقلب فوقع على انسان فقتله لان النائم لا قصد له فلا يوصف
 فعله بالعمد ولا بالخطا الا انه كالخطا في الاحكام لان المقتول
 مات بشقله فهو كالميت بفعله فتجب عليه كفارة وعلى عاقلته
 الدية ولا قود عليه لانه اذن من الخطا وحرّم الميراث لانه
 لا يوم من ان يكون تعمد ذلك في الباطن واما النوع الخامس فهو
 حافر البير وواضع الحجر لانه ليس بمتعمد للقتل ولا مخطئ فيه الا ترى
 ان القاتل من اوقع الفعل في المقتول وفيما يتصل به وذلك غير
 موجود في الحافر واما اوجبوا على عاقلته الدية لانه تعدي

١٤٤
 في الحفر ولا مائثم عليه بالموت واما المائثم عليه بالحفر ولا كفارة عليه
 ولا تحريم الميراث عندنا لانه غير متعمد الا ترى انه لم يعلم ان مورثه
 يقع في البير والكلام في هذا يأتي في موضعه **فصل**
 قال ابو الحسن ولا يكون فيهما دون النفس شبهة عمد فما جعلناه
 شبهة عمدية في النفس فهو عمد فيهما دون النفس وذلك لان ما دون
 النفس لا يختص اتلافه بالآلة دون الآلة واما اعتبرت الا لانت في
 النفس لان القتل يقصد بالآلة دون الآلة فلما استوفيت الالات
 الالات فيهما دون النفس اعتبر تعمد الضرب فكان تعمداً
باب معرفة مقدار الميراث
بالارش فيهما دون النفس قال الشيخ لا خلاف في تقدير
 الدية من الابل بمائة واما الخلاف في اسنانها ونحو ذلك فيما
 بعد واتفقوا في ان الدية من العين الف دينار الاعلى بعض اقوال
 الشافعي الذي يقول فيه ان ما سوي الابل يعتبر فيه القيمة واما
 على قوله الذي قال ان الدية مقدرة فيما سوي الابل قال لانها من
 الدنانير الف دينار وروى انه جعل دية كل ذي عهد في عهد الف
 دينار واختلفوا في الدية من الدرام فقال اصحابنا هي مقدرة بعشر
 الاف وزن سبعة وقال مالك والشافعي اثنا عشر الفا لانا ما روي
 دهثم بن ابراهيم عن ابيه قال قطع يد رجل على عهد رسول الله
 صلى الله عليه وسلم ففضي على الفاطم خمسة الاف وروي محمد عن

الشجعي عن عبيدة السلماني عن عمرانه قضي في الدية من الدراهم
 بعشرة الاف ومن الدنانير بالف دينار ومن الابل بمائة ومن البقر
 بمائتي ومن الشاة بالف شاة ومن الحلال بمائتي حلة ومعلوم ان القضا
 لا يقع في وقت واحد لجميع هذه الاجناس فعلم انه اراد بقوله قضي
 اي بين مقادير الدية ولا نه بدله عن النفس فلا يزيد على عشرة
 الاف كدية الذي وروى محمد بن ابراهيم قال كانت لدية مائة
 من الابل فجعل كل بعير عشرين ومائة درهم وزن سيحته قال
 محمد وانما كانت الدية اثنا عشر الفا وزن ستة **فصل**
 واختلفوا فيما سوى الابل هل هو اصل في الدينار وقيمة
 الابل فكان ابو بكر الرازي يقول الاصل هو الابل وما سواها
 قيمة لها الا انها باقية فقد رقت بالشرع فلا يزداد عليها
 ولا ينقص منها ثم قال بعد ذلك الدرهم والدنانير اصول
 في الدية بانفسها وليست بقيمة وقال الشافعي وهو احد
 قوليه ان الدرهم والدنانير قيمة وانما يختلف باختلاف
 الزمان وجه ما ذكره ابو بكر اولا قوله صلى الله عليه وسلم
 في النفس مائة من الابل قيمة كل بعير او قيمة فلما كان زمن
 عمر بن الخطاب رضي الله عنه غلت الابل فجعل عمر قيمة كل
 بعير اوقية ونصف فلما غلت ايضا جعلها اوقيتين فلم يزل
 يفعلوا حتى بلغ قيمة الابل اثني عشر الفا وروى عمرو بن شعيب

١٤٥
 عن ابيه عن جده قال كانت لدية علي عهد رسول الله صلى الله عليه
 وسلم مائة من الابل قيمتها اربعة الاف او عدله من الذهب
 اربعمائة دينار وجه قوله الثاني ان الدرهم لو كانت قيمة لم
 تجز ان يقضها موجلة لانها تؤدي الي الدين بالدين فلما قضي بها
 موجلة دل على انها وجبت بانفسها وروى سعيد بن سعيد بن
 المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال دية كل ذي عهد
 في عهدك الف دينار وروى عن عمرانه قضي بالدية في ستة اصناف
 والقيمة لا يقضي بها في البقر والغنم فدل على ان هذه الانواع
 ديات بانفسها **فصل** قال ابو حنيفة رضي الله عنه
 الدية يقضي بها من ثلاثة اصناف الابل والغنم والورق
 وقال ابو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله ومن البقر مائتا
 بقرة ومن الغنم الفا شاه ومن الحلال مائتا حلة كل حلة ثوبان
 ازار وروى وجه قوله اني حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم في النفس
 مائة من الابل فظاهر هذا يقتضي المنع من وجوب ما سوى الابل
 الا ما دل عليه الدليل ولان البقر والغنم حيوان لا يغلط في شبه
 العمد فلا يكون اصلا في الدية كسائر الحيوانات وجه قولهما
 ما روى ان عمر قضي في الدية ستة اصناف كخضرة الصحابة
 من غير خلاف وقد قال ابو حنيفة رضي الله عنه ان عمر انما قضي
 بذلك لما كانت الديات على العواقل فلما نقلها الى الديوان قضي

بها في الابل والدراسم والدنانير ومن اصحابنا من قال انه روي عن ابي
 حنيفة ما يقتضي مثل قولها انه قال في العاقل اذا صالح الولي
 على اكثر من مائتي بقرة او مائتي حلة لم يجز في قول ابي حنيفة وابي
 يوسف ومحمد فلم يوجب جعل هذه الانواع اصولا في الدية تجوز
 الصلح على اكثر منها **فصل** ودية المرأة على النصف من دية
 الرجل لما روي عن عمر بن الخطاب وعلى بن ابي طالب ومن مسعود
 وزيد بن ثابت رضي الله عنهم قالوا في دية المرأة انها على النصف
 من دية الرجل قال ابن مسعود الا الموضحة والسن فانها كالرجل
 ولان المرأة على النصف من حية الرجل في ميراثها وشهادتها جعلت
 على النصف من الرجل فكذلك في ديتها واما ما دون النفس من المرأة
 فانه معتبر بديتها وعن سعيد بن المسيب قال لعاقلة المرأة الرجل
 الى ثلث ديتها معناه ما كان اقل من ثلث الدية فالرجل والمرأة فيه معن
 قال ابن مسعود بعاقلة فيها كان ارشه نصف عشر الدية وقد روي
 ان ربيعة بن عبد الرحمن سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع اصبع
 امرأة فقال فيها عشر من الابل فقال فان قطع اصبعين فقال فيها
 عشرون من الابل قال فان قطع ثلثا قال فيها ثلثون من الابل قال
 فان قطع اربعا قال فيها عشرون من الابل فقال لما عظم المها وزادت
 مصيبتها قل ارشها فقال له اعرابي انت قال لابل جاهل متعلم او عالم
 مبین فقال هكذا السنة وانما اراد بذلك سنة زيد بن ثابت وما قال

ربيعة هو الحجة في المسئلة لان ما قالوه لو قالوا ان يقل الارش بكثر الجنا
 وهذا لا يصح ولان ما دون النفس معتبر بدية النفس بدلالة ما زاد على
 ثلث الدية وقد روي اهل المدينة في ذلك حديثا لم يثبت عند ابي حنيفة
 وهو انه قال صلى الله عليه وسلم لعاقلة المرأة الرجل الى ثلث ديتها فاما ابن
 مسعود فانه اخرج في السن والموضحة بان النبي صلى الله عليه وسلم قضى
 في الجنين بالغرق وهي مقدرة بنصف عشر الدية ولم يفصل بين الذكر والانثى
 فدل على انهما يتساويان فيما بلغ ارشه نصف عشر الدية وهذا ليس
 بصحيح لانه انما لم يختلف في الجنين الذكر والانثى لانه قد يعذر الفرق
 بينهما بعدم تمام الخلقة فسوي بينهما لذلك **فصل** قال اصحابنا
 في دية الخطا انها خمسة انواع عشرون من مخاض وعشرون بنت
 مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جدعة وهو
 قول ابن مسعود وقال الشافعي عشرون بنت لبون بدلا من ابن مخاض
 وعن عمرو بن زيد في الخطا مثل قول ابن مسعود لنا ما روي حنيف بن
 مالك عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال في دية الخطا
 عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وقال في النفس مائة من
 الابل قطاهم يقتضي ادناه ولان ابن لبون يقوم مقام عشرة في الزكاة
 عند عدمه فلم يحجب في الدية بنفسه كالشأتين واما دية شبه
 العمد فهو عندنا اربعا وخمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون
 بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جدعة وهو قول

ابن مسعود وذكر محمد في الكتاب عن عمرو المغيرة وابي موسى ان دية شبه
 العهد اثلاثا وعن عمرو بن زيد في شبه العهد ثلثون حقة وثلثون جذعة واربعون
 ما بين ثنية الى بارز عامها كلها خلفه وهو قول محمد وعن علي في شبه العهد
 اثلاثا ثلثة وثلثون حقة وثلاثة وثلثون جذعة واربعة وثلثون خلفه
 في بطونها اولادها وجه قوله ابني حنيفة وابي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم
 في النفس مائة من الابل وهذا يقتضي ادناه وروي الزهري عن السائب
 ابن زيد ان الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارباعا
 ونحن نعلم انه لم يرد دية الخطا فبقي ان يريد به شبه العهد ولائها بدل
 عن النفس فكانت الاسنان فيها متساوية كالخطا ولان الصحابة رضي
 الله عنهم اختلفوا على الوجه الذي ذكرناه واجاب الحامل لا يجوز لان
 الحمل معني لا يعلم حقيقته ولان الحقوق المتعلقة بالحيوان لا يعتبر فيها
 الحمل كالنذر والهدايا واذا سقط اعتبار الحوامل لم يبق الا قول ابن
 مسعود ووجه قول محمد ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الا ان
 قتل خطا العهد قتل السوط والعصا فيه مائة من الابل منها
 اربعون خلفه في بطونها اولادها والجواب ان هذا الخبر قد عارضه
 قول ابن مسعود ولا يجوز ان يكون قال ذلك الاتوقيفا عن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم لا بد من دليل القياس في هذه المتبادر واذا انعارض
 الخبر ان كان الاخر بالمتيقن اولى ولان من اصلنا ان الخبر اذا روي
 ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يبينه بيا ناعاما فلم ينقل تقلا عامما لم يعبل

ومعلوم

١٤٧
 ومعلوم انه روي ان هذا قاله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع في
 خطبته فلو كان كما روي لا حجة الصحابة حين اختلفوا وكانوا لا يختلفون
 في كيفية التغليظ فلما اختلفوا ولم ينقل احتجاج بعضهم به دل ذلك
 على ضعفه **فصل** ودية الذي عندنا كدية المسلم
 وكذلك دية المستامن وانما اعتبر اصحابنا في كمال الدية خطر الدم
 وقال الشافعي في دية اليهودي والنصراني ستة الاف وفي دية
 المجوسي ثمان مائة وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة الاف
 لما روي في حديث ابن عباس ان مستامنين دخلوا على رسول الله صلى الله
 عليه وسلم فكساها وجملها فلما خرجا من عنده لفتيها عمر وبن امية
 الضمري فقتلها ولم يعلم بانها مستامنين فوداهما رسول الله صلى الله
 عليه وسلم بدية حرين مسلمين وروي معاوية عن النبي صلى الله عليه وسلم
 قال ذية كل عهد في عهد الف دينار وعن الزهري قال قضى ابو بكر
 وعمرو علي رضي الله عنهما في دية الذي مثل دية المسلم ولان الله تعالى
 سمي ما يجب بقتل الذي دية كما سمي ما يجب بقتل المسلم فلما لم يفصل بينهما
 دل على تساويهما ولانه بدل عن متلف فليستوى فيه المسلم والذي
 كبد الاموال **باب**

الاعضاء التي يجب بكل عضو منها دية قال
 ابو الحسن وهي ثلاثة اعضاء اللسان والانف والذكر فاذا استوجب
 الانف جذعا او قطع المار من منه وحده وهو ما لان من الانف عن

العظم فقيه الدية كاملة وكذلك الذكر اذا استوعبا وقطعت الحشفة
وحدها فقيه الدية وكذلك اللسان اذا استوعبا وقطع منه ما يذهب
بالكلام كله والاصل في هذا ما روي سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي اللسان
الدية وفي المارن الدية وكذلك في الكنان الذي كتب عليه السلام لعمر بن
حزم وروي عن علي وجماة من الصحابة انهم قالوا في اللسان الدية واما
المارن فللخبر ولان المعصود بالانقبوا الجمال والمنفعة وذلك يفوت
بنوان المارن لانه لا يجمع الشم واما حشفة الذكر ففيها الدية لانه اذا
قطعت بطلت منفعة الذكر وهي الاتزال وبطلان منفعة العضو كبطلا
العضو واما اللسان اذا ذهب بالكلام ثم قطع بعضه فقيه الدية لانه
ابطل المنفعة المقصودة منه فصار كقطع جميعه وان ذهب ببعض
الكلام فقيه حكومة لانه لم يبطل المنفعة بكاملها ومن اصحابنا من قال
في ذلك بقول علي انه يقسم على عدد الحروف فاذا فات بعض الحروف
وبقي الكلام في بعضها وجب عليه من الدية بقدر ما فات من حروف
المعجم وهذا ينبغي ان يعتبر بالحروف والكلام في بعضها وجب عليه من
الدية بقدر ما فات من حروف المعجم وهذا ينبغي ان يعتبر بالحروف
التي تقتصر اللسان واما ما لا يقتصر على اللسان كالبا والها فلا تدخل
في القسمة **باب المعاني التي توجب الديات**
فيما ليس بعضو قال ابو الحسن في النفس الدية وكذلك العقل

١٤٨
والسمع والبصر والشم والذوق والكلام والاصل في ذلك ما روي ان عمر بن
الخطاب رضي الله عنه قضى في رجل واحد باربع ديات ضرب على راسه فذهب
عقله وكلامه وبصره وذكره ولان العقل يبطل بفواته منافع كل الاعضاء
الا ترى ان افعالا المجنون تجري مجرى افعالا بهائم فكانه انفقده واما
السمع فلانها منفعة ليس لها نظير في البدن ففيها الدية كالعقل
والكلام واما البصر فقد دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم في العينين
الدية واما الشم والذوق فلان لكل واحد منهما منفعة كاملة لا نظير لها
في البدن واما الكلام اذا ذهب ولم يقطع اللسان ففيه الدية لان فوات
منفعة العضو الذي يقصد فيه المنفعة كفوات العضو الا ترى انه لا فرق
بين قلع العين وبين ذهاب ضوها وبين قلع اليد وسن حفاها قال وشعر
الراس اذا سقط فلم يثبت نجاسة جاني جني عليه وكذلك اللحية اذا لم يثبت
وقد قال اصحابنا ان في شعر الراس الحر الدية وكذلك في شعر المرأة وكذلك
في لحية الرجل فاما شعر العبد ولحية العبد فذكر في الاصل ان فيه حكومة
وروي الحسن عن ابي حنيفة ان فيه القيمة وقال الشافعي فيها حكومة لنا ان
اللحية فيها جمال كامل بدلالة ما روي عنه ابي هريرة انه قال ان ملايكة سما
الدنيا يقولون والذي نرى من بني ادم بالحي وفوان الجمال الكامل في الحر يتعلق به
كالدية كالمارن والاذن للشاخصة وقد روي عن علي انه قال في الراس
اذا حلق ولم يثبت الدية الكاملة وروي ان رجلا اغلى ما وصبه على راس
رجل فسلخ جلد راسه فقضى عليه بالدية وروي عن سعيد بن

المسبب وشرح والحسن البصري والشعبي انهم قالوا في الحاجبين الدية
وعن علي انه قال في الحية اذا حلت فلم تنبت الدية وذكر المبرد ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال في لصغير الدية وفسره المبرد وقال هو اعوجاج
الوجه وانما يغتفر بذلك الجمال فاما شعر البدن ففيه حكومة لانه لا يظهر
فتقع به الجمال الكامل واما حية العبد فان قلنا برواية الحسن سويننا
بينهما لان القيمة في العبد كالدية في الاحرار وان قلنا بالرواية الاخرى
فلان المقصود من العبد الخدمة وليس المقصود فيها الجمال فكذلك
لم يحسب كمال القيمة بفوات الجمال وكان ابو جعفر الهندي في يقول
في الحية انها تجب بها الدية اذا كانت حية كاملة بتجملها واما
اذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها وان كانت
غير متوفرة لا يقع بها الجأ الكامل ولست مما تستر فيها الحكومة وذكر
في المنتقى في ازالة السوط حكومة وان كانت قد استوت الا انها رقيقة
ففيها الدية قال ابو الحسن هذا في الذكور والانات سواء وانما اراد بهذا
العقل والسمع والبصر والشعر والراس فاما الحية لا ينصور ان تكون للمرأة
الاطاقات تشينها ولذلك اذا ضرب ظهر الرجل فصار لا يترد لانه فوت
عليه منفعة كاملة وهي النسل ولذا لا تزال قادرة وكذلك المرأة اذا اقصتها
الجناية فلم يستمسك بالولد الغايب او لم تستمسك احدهما ففي كل
واحد منهما دية كاملة في الرجل على قدر دينه وفي المرأة على قدر دينها وذلك
لان هذه الجناية ابطلت المنفعة المقصودة بهذا العضو وقد بينا ان

١٤٩
ابطال منفعة العضو كابطال العضو واتلاف عضو لا نظيره في البدن
تعلق به الدية **باب ما يجب فيه الدية** **قد رما في البدن منه** قال ابو الحسن في العينين الدية
وفي الاذنين الدية وفي الشفتين الدية وفي الانثيين الدية وفي
الحاجبين الدية اذا ذهب شعرها فلم يبيت وفي ثدي المرأة الدية
وفي كل واحد ما ذكره نصف الدية والاصل في هذا ان كل عضو لا نظيره في
البدن ففيه الدية وقد بيناه وهي ثلاثة اعضاء الانف والذكر واللسان
وكل ما في البدن منه اثنان ففيهما الدية وفي احدهما نصف الدية والاصل
في ذلك ما روي في حديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال وفي
العينين الدية وفي الاذنين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الانف
الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي البيضتين الدية وفي الكتاب
الذي كتب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم في النفس الدية وفي الانف
الدية وفي اللسان الدية وفي العين الدية وفي احدهما نصف الدية وفي اليد
الدية وفي احدهما نصف الدية فاما شعر الحاجبين فعلى ما بينا ان فوات
الجمال بالشعر يوجب الارش المقدر قال وسواء ذهب بالجناية نور البصر
دون الشحمة او ذهب معه الشحمة وذلك لما قدمنا ان تلف منفعة العضو
كتلف نفس العضو والمقصود في الشحمة النظر فاذا ذهب فالشحمة
تابعة قال وسواء قطع اصابع اليد دون الكفا و قطع الكف وفيها
الاصابع وكذلك القدم تبع للاصابع وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم

انه قال في الاصابع في كل اصبع عشر من الابل ولا فرق بين تقطعها
او تقطع الكف معها لان الاصابع يجب فيها نصف الدية وهي مع الكف
تجب فيها نصف الدية لقوله صلى الله عليه وسلم وفي احدي اليدين نصف
الدية فدل على ان الكف تبع للاصابع ولان المقصود من اليد المنفعة
وذلك يحصل بالاصابع فاقلاها كاتلاها ليد قال وكذلك ان قطع
الحلقة من ثدي المرأة وحدها او قطع الثدي وفيه حلقة ففيها
نصف الدية والثدي تبع للحلقة لان المقصود من منفعة الثدي
يغوث بغوات الحلمة وهو الرضاع وفوات المنفعة المقصودة
من العضو كغوات العضو قال وسواء كان ذلك بضربه او بضره
اذا كان ذلك قبل البر من الاولى لان الجناية لا تستقر قبل البر فاذا
ابتعها الجناية الثانية قبل استقرارها فكانه او قعها معا قال
وفي اشفار العينين كلها الدية وفي احدها ربع الدية وفي
الانثيين نصف الدية وفي الثلث ثلث ارباع الدية هذا كله اذا
لم ينبت الشعر وذلك لان الاشفار اربعة في البدن ففي جميعها
الدية لانه لا نظير لجلتها في البدن فالدية تنقسم على عددها فيجب
كل واحد منها الربع كما تنقسم الدية على اليدين وكذلك ان قطع الجفن
الحم منه وفيه الشعر فهو سواء اللحم تبع له كالکف مع الاصابع
قال وان قطع اليد من الذراع من المفضل خطا ففي الكف والاصابع
الدية وفي الذراع حكومة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف

١٥٠
فيه نصف الدية والذراع تبع وكذلك لو قطع اليد من العضد او الرجل
من الخذ ففيه نصف الدية وما فوق القدم عند تبع وما فوق الكف
تبع وهو قول ابن ابي ليلى وقال ابو حنيفة لا تتبع الاصابع غير الكف
وكذلك اصابع الرجل لا تتبعها الا القدم وهي رواية محمد عن ابي يوسف
في الكف والذراع وروي بن ساعدة وبشر وعلي عن ابي يوسف ان في
اليد اذا قطعت من المرفق او فوق ذلك ما بينها وبين المنكبين ففيها
نصف الدية في قول ابي يوسف وابن ابي ليلى وكذلك اذا قطع الرجل
من الخذ وجه قولها ان الدية انما تجب في الاصابع والكف تبع لها
بدلالة انه لو افرد الاصابع بالقطع وجب نصف الدية ولو قطع
الكف وجبت نصف الدية فلا تخلوا ان يكون الذراع تبعا للاصابع
او للكف ولا يجوز ان يتبع الاصابع لان يفصل بينهما عضو فلا
يكون تبعا لها كما لا يكون الشحمة تابعة للاصابع ولا يجوز ان يتبع
الكف لانه تبع في نفسه فلا يثبت له تبع وجه قول ابي يوسف
قوله صلى الله عليه وسلم وفي اليدين الدية وفي احدهما نصف
الدية واليد عبارة عن العضد الي المنكب ولان ما ليس له ارش
مقدرا اذا انفصل بما له ارش مقداره تبعه في الارش كالکف **فصل**
قال وفي اصابع اليدين والرجلين في كل واحدة منها عشر الدية وهي
في ذلك سواء الا فضل لبعضهن على بعض وذلك لما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال في كل اصبع عشر من الابل والاصابع كلها

سواء روي عكرمة عن ابن عباس انه قال هذه وهذه سواء وأشار
إلى الخنصر والابهام وروي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى
الله عليه وسلم قال في المواضع الخمس الخمس من الأبل وفي الأصابع عشر
عشر من الأبل وفي الإنسان خمس خمس من الأبل وقد روي أن عمر كان يقول
في الخنصر ست من الأبل وفي البصر تسع من الأبل وفي الوسخ عشر من
الأبل وفي السبابة والابهام خمس وعشرون فلما بلغه الخبر عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم رجع عن ذلك وهذا جاري على الأصل الذي قدمنا لأن
في اليدين عشر أصابع ففيها الدية ثم تنقسم الدية على قدر عدد
كما تنقسم على اليدين والرجلين قال وما كان من الأصابع فيه ثلث
مفاصل ففي كل مفصل إذا قطع ثلث دية الأصبع وما كان فيه
مفصلان ففي الواحد منه نصف دية الأصبع وذلك لأن
ما في الأصبع تنقسم على مفاصلها كما انقسم ما في اليد على عدد
الأصابع قال وسواء ما قطع من الأصابع أو شل من الجراحة
أو ببس فقيه عقله بآما وهذا لما قدمنا قال وفي كل سن خمس
من الأبل إذا سقطت وهي في ذلك سواء المقدم والمؤخر والأضراس
والشاي لا تختلف عقلهن وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
أنه قال في كل سن خمس من الأبل وهذا غير جاري على قياس الأعضاء لأن
جملة الأسنان والأضراس اثنا عشر وثلثون إلا أن المرجع في إرشها إلى النصف
وقد جاني عن بعض الناس أنه فضل إرش الطواحين على إرش الضواحك وظاهر

الخبر يقتضي خلاف ذلك قال فان اسودت السن من الضربة أو احمرت
أو اخضرت ولم ينسقط فيها الارش تأما وذلك لأن السن إذا اسودت
بطل منفعتها لأنها تنتثر وتتلاشا وبطلان المنفعة كذلك
العضو ولأنه يهتوت باسودادها الجمال الكامل وأما إذا
اسودت فقد روي أبو يوسف عن أبي حنيفة أن فيها حكم عدل
وروي هشام عن محمد عن أبي حنيفة أن المصروب أن كان حرا فليس
فيها شيء وإن كان مملوكا ففيها حكومة عدل وقال محمد بن نرى فيها
حكومة سواء كان حرا أو عبدا وهو قول أبي يوسف وقال زفر إذا
اصفرت ففيها عقلها تأما وجه قول أبي حنيفة أن الصفرة لا تذهب
منفعتها وإنما يوجب بقضائها فوجبت بها حكومة وأما الرواية
الأخرى فقال بان الصفرة قد يكون لون السن في أصل الخلقة
فلم يعد ذلك نقصا في الحر وليس كذلك الخضرة والسواد والحمرة
لأنها لا تكون لون السن في الأصل وأما العبد فالسواد والصفرة
تؤثر في نقصان ثمنه وهذه الرواية لا تضح لأن الحر أولى بأجابه
الارش كفوات الجمال بدلالة الشعر وجه قول زفر أن الصفرة
تفوت جمالا لسن كالسواد وقال أبو يوسف إن كثرة الصفرة
حتى تكون عيبا كعيب الخضرة والحمرة ففيها عقلها تأما وهذا يجب
أن يكون قولهم قال وهذا عندهم جميعا بعد أن ينتظر بها سنة
فإن حدث فيها سقوط أو شيء من هذا كان فيها ما ذكرنا وإن ثبتت

سواء فلا شيء فيها وذلك لان الجنايات يعتبر فيها حال استقرارها
بدلالة ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم انه قال سبأ ما يخرج
حتى يبرأ ولا للجناية لم يستقر لم يعلم بها فلا يجوز القضاء بما لا يعلم قال
وان ثبتت حمرا او صفرا او سودا ففيها ما ذكرت في كل باب وذلك لان
السن اذا ثبتت قام النابت مقام الذاهب بدلالة سقوط الارش
فاذا ثبتت سودا فكان الاصل كان باقيا وعلم يذكر الشفنين وفيها
الدية عندنا لانها من جملة ما في البدن منه اثنان لا يطير لهما فاما لعينين
واليدين والعليا والسفلي سواء وهو قول جماعة من الصحابة وقال
ربيع بن ثابت في السفلي الثلثان وفي العلوي الثلثان لان السفلي فيها جال ومنفعة
لأنها تحبس الريق وبقيّة الصحابة لم يفصلوا وقال مثل قولنا شريح
وابراهيم وجماعة من التابعين **باب الشجاج**
قال الشيخ الشجاج اولها الخارصة وهي التي تشق الجلد ومنه
قولهم خرص الفصار الثوب وبعدها الدامغة وهي التي تخرج
منها ما يشبه الدم وبعدها الدامية وهي التي تخرج منها الدم
وبعدها الباضعة وهي التي تبضع اللحم وبعدها المتلاحة وهي
التي تذهب في اللحم اكثر مما تذهب الباضعة هكذا روي عن ابي يوسف
وقال محمد المتلاحة قتل الباضعة وهي الذي يتلاحم فيها الدم ويسود
وبعدها السمحاق وهي التي تصل الى جلد رقيقة فوق العظم تلك الجلد
تسمى السمحاق وفيه قبل العظم الحقيق سماحق ثم الموضحة وهي التي توضح عن

١٥٤
العظم ثم الهاشمة وهي التي تنشم العظم ثم المنقلة وهي التي تخرج منها العظم
ثم الامة وهي التي تصل الى ام الدماغ وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ ثم
الدامغة وهي التي تحرق الجلد واذا امكن استيفا المماثلة وجبت وما
بعد الموضحة فيه في قولهم لانه لا يمكن استيفا المماثلة فيه الا نزي ان
الهاشمة تكسر العظم وتصل الى الدماغ فلهذا احد عشر شجة لم يذكر منها
محمد الخارصة ولا الدامغة لان الانسان لا يعيش معها فلا معنى لاثبات
حكم الشجاج فيها وما سوي ذلك فالحكم فيها يختلف فان كان عمدا ففي
الموضحة القصاص في قولهم لانه يمكن استيفا العضاص فيها لانه ينتهي
بالسكين الى العظم يكسر العظم فاذا كسرنا العظم لم نعلم انا تنتهي الى
المستحق وكذلك المنقلة فاما الامة فلانها من ان تنتهي به الى الدماغ
واذا اعتذرت المماثلة سقط القصاص واما ما قبل الموضحة فذكر محمد في
الاصل ان فيه القصاص روي الحسن عن ابي حنيفة لا قصاص الا في الموضحة
وجه رواية الحسن ان ما دون الموضحة لاحد فيه تنتهي السكين اليه
ولا يمكن استيفا المماثلة وجه رواية الاصل انه يمكن تقدير تجوؤ في
الجراحة بمثل ثم يعمل حديدة على قدره فينفذ في اللحم الى اخرها فيستوي
منه مثل ما فعل واما اذا كانت خطأ او سقط القصاص فيها على اليد
الروايتين فيما قبل الموضحة وعلى الروايات كلها فيما بعدها وفيما قبل
الموضحة حكم عدل وقد روي عن عمر بن عبد العزيز انه قال فيما دون
الموضحة حد وشر فيها حكم عدل وكذلك عن النخعي وقال الشعبي ما دون

الموضحة فيه اجرة الطبيب ولانه لم يرد في الشرع كذلك اشرش مقدار
فوجب فيه التقصان فختلف اصحابنا المتأخرون في كيفية الحكومة
فقال الطحاوي يقوم الحرق كان عبدا وهو صحيح ثم يقوم وبه هذه الشجة
فيما نقص بين القيمين كان ارشام من دية الحرق قال ابو الحسن يوجب من الشجة
التي لها ارش مقدار بالحز والطحن وجه ما كان الطحاوي ان الحرق لا يمكن تقويمه
والقيمة في العبد كالدية في الحرق فوجب ان ينقص من دية الحر ما بين القيمين
في العبد وكان ابو الحسن ينكر هذا ويقول انه يودي اليه ان يجزى قليل الشجاج
اكثر مما يوجب في كثيرها لانه يجوز ان يكون نقصان الشجة التي هي
السحاق في العبد اكثر من نصف عشر قيمته فاذا اوجينا مثل ذلك في
دية الحر اوجينا في السحاق اكثر مما يوجب في الموضحة وهذا لا يصح فاما المو
فيها خمس من الابل وفي الهاشمة عشر من الابل وفي المنقلة خمسة عشر
من الابل وفي الامة ثلث الدية والاصل في هذا ما روي في كتاب عمرو بن
حزم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة
عشر من الابل وفي المنقلة خمسة عشر وفي الامة ثلث الدية فاما الخلاف
في السحاق والمتلاحم فلا يعود الي معني وانما هو عبارة لان محمد لا يمنع
ان تكون الشجة التي ذهب في اللحم اكثر ريدا ارشها وكذلك ابو يوسف لا يمنع
ان تكون الشجة التي في المباشعة اقل منها ارشها وانما الخلاف في الاسم
فقال محمد المتلاحمة ما خوزة من الاجتماع يقالا لحم الجنسان اذا
التقيا وقال ابو يوسف انها ما خوزة من الذهاب في اللحم واذا قد بينا

١٥٢
حكم هذه الشجاج فالكلام في موضعها فعندنا ان الشجاج تخنن بالراس
والوجه فاذا كانت من الوجه في موضع العظم مثل الجبهة والجنبين والذن
نصور فيها الموضحة وما قبلها وما بعدها وقال الليث يثبت حكم هذه
الشجاج في كل البدن وهذا الذي قاله ان رجوع فيه الى لغة فهو غلط لان
العرب شئ ما كان في الوجه والراس شجة وما كان في البدن جراحة وان
كان يرجع الى الحكم لم يصح لان هذه الشجاج يثبت حكمها للشين الذي يليها اثرها
الا ترى انها لو اندملت فلم يبق لها اثر لم يجب لها ارش والشين انما يكون
فيما يظهر من البدن وهو الوجه والراس فاما ما سواهما فيعطى في
العادة فلا يحصل فيه من الشين ما يحصل في الوجه والراس وقد قال
محمد انه روي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال في السحاق
اربع من الابل وهذا على وجه يثبت حكمها الحكومة لا على وجه التقدير
قال وما كان ارشه خمسمائة فما فوق ذلك في الخط فهو على العاقلة في
قولهم جميعا وما كان دون الخمسمائة فهو في مال الجاني ولا يكون على العاقلة
وهذا الذي قاله انما يعني في الرجل فاما في المرأة فيتحمل العاقلة من
الجنابة عليها ما يتبين وخمس من نساء عدلان الذي يعتبر في ذلك نصف
عشر الدية وقال الشافعي يتحمل العاقلة القليل والكثير لنا ان القياس
يمنع تحمل العاقلة على ما تقدم وانما تركنا القياس للسرو وقد روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم قضى بارش الجنين على العاقلة فتركنا القياس
في ذلك وما سواه على اصل القياس ولان ما دون ذلك ليس له ارش مقدار

بنفسه كالاسوال ولا يلزم على هذا ما يجب في الامثلة لانه
ليس بمقدر في نفسه وانما هو جز من مقدر واذا ثبت هذا
فما كان ارشه نصف عشر الدية الى ثلث الدية فانه على العاقلة في
سنة لان عمر رضى الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلث سنين
فكل ما وجبت ثلث الدية فهي في سنة كما يلزم العاقلة في السنة الاولى فان
زاد على ثلث الدية فسد الدية في سنة والزيادة في سنة اخرى لان
الزيادة على الثلث في جملة ما يلزم العاقلة في السنة الثانية من الدية
فكذلك اذا انفرد فان زاد على الثلثين فالثلثان في سنتين وما زاد
على ذلك في السنة الثالثة قياسا على ما يلزم العاقلة في السنة الثالثة
قال ابن سماعة وابن بشر وعلي بن الجعد عن ابي يوسف في الموضحة في
الوجه والراس ولا يكون الامة الا في الراس وفي الوجه في الموضع الذي
يخلص منه الى الدماغ وهذا على ما قدمنا قال والصغيرة والكبيرة في
ذلك سواء لقوله صلى الله عليه وسلم في الموضحة خمس على الابل والميرفصل
بين الصغيرة والكبيرة قال ولا تكون الجايغة في الرقبة ولا في الحلق
ولا يكون الا فيما يصل الى الجوف فيما لا ينفذ اليه لا يتناول له الاسم
وقال بشر عنه في كل ما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه
الشراب كان مغطرا وما فوق ذلك فليس فيه جايغة لان ما يقطر بوضو
الشراب اليه فهو في حكم الجوف فاذا وصل للجراحة اليه فهي جايغة
قال وكل ما وصل الى النخاع ففيه حكم عدل وليس بجايغة وهذا لما قدمنا

١٥٢
قال ولا يكون في اليدين ولا في الرجلين جايغة لانه لا تصل الى الجوف
فان كانت الجراحة بين الاثنيين والدرحتي تصل الى الجوف فهي جايغة
لما قدمنا ان الجايغة اسم مشتق عما وصل الى الجوف قال وكل موضع
يكون فيه موضحة ففيه منقولة وهاشمة وسحاق وباضعة
ومتلاحة ودامية وانما ذلك في الراس والجمجمة والصدغين
والجبين وموضع العظم من الحدين والدقن وهذا قد بيناه قال
ابو الحسن وليس في الجراح شي له ارش معلوم غير الجايغة فان فيها
ثلث الدية فان نفدت الجراحة الى الجانب الاخر ففيه ثلث الدية
وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الجايغة ثلث
الدية فاذا نفدت الى الجانب الاخر فهي جايغتان ففي كل واحدة منها
ثلث الدية وقد روي عن ابي بكر الصديق رضى الله عنه انه حكم
في جايغة نفدت الى الاخر بثلثي الدية وذلك تحضرة الصحابة من
غير خلاف **باب ما يجب فيه الحكومة**
وليس له ارش معلوم قال ابن سماعة عن ابي يوسف
في الضلع اذا كسر حكم عدل وكذلك الترقوة وكذلك كسر كل عظم
فيه حكم عدل على قدر ما يرى الحاكم بعد نظر ذوي عدل في اهلنا الجراحات
ومن يعالج الكسر وقال في الاصل في انف الرجل اذا كسر حكومة عدل
والاصل في هذا انه لا قضا في شي من العظام الا في السن خاصة وقد
روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قضا في عظم ولا في الماشة

لا يمكن في كسر العظم لانا لا نحكم بكسر مثل ما كسر الصارب وما لا مائلة
فيه لا يجب فيه الخصاص فاذا سقط القضاص وليس له ارش فان ^{تقدر} تقدير
الارش من حصة الشرع وما لم يقدر ذلك في الشرع رجع الى حكم عدل
واما الكسن فوجب القضاص لقوله تعالى والسن بالسن ولان المائلة تكن
فيه لانه ظاهر فان كسر بعضه احد من سن الكاسر بالمبرد ومثل ما كسر
وان قلعه لم يبلغ سنه لانا لانا من ان يودي الى اكثر مما فعل ولكننا اخذ
سنه بالمبرد الى ان ينتهي الى اللحم ويسقط ما سوى ذلك قال وفي ثدي
الرجل حكومة عدل وفي احدها نصف ذلك الحكم وفي حلة تدنيه
حكم عدل دون ذلك وهذا قول ابي حنيفة وذلك لان ثدي الرجل
ليس فيه منفعة ولا زينة كاملة الا نزي انه ليس بظاهر فلم يقدر
ارشه فوجب فيه حكومة قال وفي لسان الاخرس وذكر الخصى والعين
القائمة الذاهب نورها والسن السوداء القائمة واليد السوداء
والرجل السوداء حكم عدل وذلك لانه لا منفعة في هذه الاعضاء والمقصود
فيها المنفعة فاذا اعدمت لم يتقدر ارشها وصارت كالا منفعة فيه
من الاجزاء ولا يجوز ان يقال ان فيها زينة لان الاعضاء التي تقصد منها
المنفعة الزينة فيها تبع فلا يتقدر الارش لاجلها ولان الزينة فيها
ليست كاملة الا ترى ان العين القائمة تتجمل بها الانسان عند من لا يعرف
حالتها فاما من يعرف فلا جمال فيها واذا لم تكمل الزينة لم يكمل الارش **فصل**
قال ابو حنيفة سن الصبي الذي لم يتغير لشي فيه وقال ابو يوسف

فيه حكومه وجه قول ابي حنيفة ان سن الصبي يتعرض للسقوط فاذا
قلعه ونبت لم يفت عليه منفعة ولا زينة فلم يجب الارش وجه قول
ابي يوسف ان الام قد حصل فوجب ان يلزمه حكومة لاجل الام وقد
قالوا فيمن شج رجلا فالتخت شحمته ونبت الشعر انه لا شيء على الشاج
في قول ابي حنيفة لان الارش لما يجب بالسن الذي يلحق بالارث وقد زال
ذلك فسقط الارش وقال ابو يوسف عليه حكومة في الام وهذا
ليس بصحيح لان مجرد الام لا يتعلق به ضمان كمن ضرب رجلا ضربا وجيعا
وقال محمد يلزمه اجرة الطبيب لان الجاني صار السبب في دفع هذا
الغرم فكان اخذ من ماله فاتلفه وهذا ليس بصحيح لان المنافع لا تقوم
عندنا الا بعقد وشبهة ولم يوجد في حق الجاني عقد ولا شبهة فلم
يتقوم باجره الطبيب في حقه كمسئلة السن فرع على هذا الاصل
ولم يذكر فيها قول محمد لانه لا عزم يلزم فيها واما سن البالغ اذا قلعه
فثبت مكانها قال ابو حنيفة لا شيء فيها لان السن السببي فيها وانما
سماها لينظر ما يكون من حالها فاذا نبت فقد عاد الجمال والمنفعة
على ما كان عليه فصار كسن الصبي وقال ابو يوسف عليه الارش
كاملا لانه اتلف السن بخبايته وما نبت انما هو عوض من الله عوضه
به فلا يسقط الضمان عن الجاني كمن اتلف مالا لغيره فزقه الله مالا
وكمن قطع شجرة فثبت وفرق ابو يوسف بين سن الصبي وسن
البالغ لان سن الصبي معرض للسقوط فلم يجب في قلعه الضمان اذا

عادت مي فكانها تغلخت بنفسها وسن البالغ غير معرض للسقوط فتعلق لها
الضمان وقد قالوا فبين قلع سن غير فاحذها صاحبها فردها في مكانها فنبئت ونبت
عليها اللحم فعلى القالع الارش بكاله وذلك لان هذا النبوت لا يعتد به ولا يعود الي
ما كان عليه الا ترى ان العروق لا تعود ولا السن في حكم المسنة قال محمدان كان اكثر من
قدرا لدرهم لم تجز الصلاة معها فلم يكن عوضا عن الثالث وقال ابو يوسف في سن
نفسه اذا اعاده تجوز الصلاة معه وفي سن غير لا تجوز قال وبيغها فرق لا تحضر
وعلى هذا اذا قطع اذنه فحاطها فالتحمت لانها لا تعود الي ما كانت عليه وقال
ابو حنيفة في الظفر اذا بنت كما كان فلا شيء فيه وقال وان لم يثبت فقيه حكومة
عدل لانه اذا بنت فقد عادت المنفعة والربنة واذا فات فقد فوت عليه المنفعة
والربنة الا انه ليس له ارش مقدور فيجب فيه حكومة قال وان بنت على عيب
ففيه حكومة عدل دون ذلك وذلك لان الظفر النابت عوض عن الزاهب
فكان الاول باق وقد دخله عيب فيلزمه حكومة وللدلالة قال ابو يوسف
اذا بنت اسود فقيه حكومة عدل لجراحته الاولى ولما اصاب من الم ذلك
وهذا على اصله ان الام يقوم قال ولدي الاصبع الزايد والسن الزايد حكم
عدل وذلك لانه لا منفعة فيها ولا ربنة فلا يجب بها ارش مقدور ولا يتكال فيجب
ان لا يلزم بها شيء لانها جز من البدن وجزاء البدن تنقوم مع عدم المنفعة
والربنة قال وذكر العنين كذكر الحضي لان المقصود من هذا العضو
منفعة الاتزال والاحبال فاذا عدت هذه المنفعة منه فصار كاليد
السلا قال واذا بدا فقطع الذكر ثم الانثيين من الصحيح خطأ في ذلك

١٥٢
ديتان فان بدا بالانثيين ثم الذكر ففي الانثيين الدية وفي الذكر حكم
العدل وان قطعها جميعا من جانب فقها ديتان وذلك لان الذكر والانثيين
يجب بكل واحد منهما دية كاملة اذا كانت منفعة كاملة فاذا بدا بقطع الذكر
فقد قطعه مع كمال منفعة فيجب كمال ارشه فاذا قطع بعد فتنفعتها كاملة
بدلالة ان المقصود منهما الاتزال وذلك يوجد مع فقد الذكر فلم ينقص
ديتهما بفقد الذكر واما اذا بدا فقطع الانثيين فقد قطعتهما ومنفعتها
كاملة فيجب فيهما الدية ومنفعة الذكر عدت بقطعتهما لانه لا يوجد
الاتزال والاحبال فقد قطع وليس له منفعة كاملة فلم ينقد ارشه واما اذا
قطعها معا من جانب فقد حصل القطع في حال واحد وكل واحد منهما
منفعة كاملة فوجب فيها ديتان **فصل** وذكر الصبي وعينه
ويده ورجله يعني الصغير الذي لم يس ولم يقعد وفي لسانه وانفه
واذنه ففي الانف دية كاملة وكذلك اذناه وكذلك يديه ورجلاه
اذا كان يحركهما وكذلك الذكر اذا كان يتحرك فاما العينان فكل شيء يستدل
به على بصرهما فهو مثل عين الكبير المبصر ولما لسانه فقيه حكم عدل
لا تتم دية اللسان حتى يتكلم الصبي واما المارن والاذن فالمقصود
منهما الحال والمنفعة وذلك يوجد في الصغير بكاله كالكبير واما
الاعضاء التي يقصد منها المنفعة فلا يجب فيها ارش كامل حتي
يعلم صحتها وقد يعلم في بعضها بالحركة وفي اللسان بالكلام وفي العين
بما يستدل به على النظر فاذا وجد ذلك فقد اثلثت منفعة كاملة

فلزمه كمال الارش واذا لم يوجد ذلك فلم تعلم الصحة فلا يلزمه الارش الكامل
بالارش بالشك ولا يقال ان الاصل الصحة لان هذا ظاهر والظاهر لا يحق
به حق العين ولان هذا الظاهر يقابله مثله وهو ان الاصل يراد ذمة
الحائي قال وفي سنن الصبي اذا لم ينغر ولم يثبت دينها كاملة لانه فوت عليه
المنفعة الكاملة لانه لا منفعة في السن الا ان يكون موجودا صحيحة
والصغير والكبير في ذلك سواء وانما سقط عنه الارش في الصغير
بعود السن فاذا لم يعد صار كالكبير قال واذا حلق راس الرجل
فثبت ابيض فان ابا يوسف قال فيه حكومة عدك وقال ابو حنيفة
ليس فيه شيء وان كان عبدا ففيه ما نقصه وجه قول ابي حنيفة
ان السبب ليس بعيب في الاحرار وانما هو جمال وما لا يعد عيبا
لا يجب به ارش واما العبد فان ذلك ينقص ثمنه في العادة فيقوم
على الحائي وجه قول ابي يوسف ان المقصود من الشعر الزينة والزينة
معتبرة في الاحرار اكثر ما تعتبر في العبيد فاذا تقوم هذا في العبد ففي الحر
اولي وقال ابو يوسف في الذكر المقطوع الحشفة حكومة وذلك لان منفعة
لان منفعة الوطى والارتداد يزول بذهاب الحشفة وفوات منفعة بعض الذي
يقصد منه المنفعة فيسقط تقدير ارشه وكذلك الانق المقطوع الارنية
لان المقصود من الانق الجمال فاذا قطعت الارنية نقص جماله فلم يكمل ارشه
وكذلك في ثدي المرأة المقطوع الحلمة لان منفعة الثدي الرضاع وذلك
بيطل بقطع الحلمة وكذلك الكف المقطوع الاصابع لان المقصود باليد

العلم وذلك لا يتأتى مع فقد الاصابع وكذلك الجفن الذي لا شفا فيه
وذلك لان التقدير يتعلق بالاشفار والجفن تبع الارش انه لو ازال
لاشفار وجب الارش المقدرو لو قطع الجفن معها كان كذلك فصارت كالنكف
مع الاصابع قال ولذلك اذا كان الحائي على الجفن واحد وعلى الشعر من الجفن
اخر لان الذي ازال الشعر وجب عليه الارش الكامل والذي قطع الجفن
قطعة وهو ناقص فوجب عليه الارش ناقصا ولا تختلف هذا بالبرء وعدم
البرء لان ذلك يعتبر في جناية الواحد لا ترى ان شراها مرفعه فاما جناية
الانثيين فقد قطعت جناية الثاني حكم سراية فغل الاول فكانه جني
بعد البرء وذكر ابو الحسن بعد هذا حديث بن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال في الانق اذا استوعب خديمة الدية وعن عمر قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم في الموضحة خمس من الابل وعن عكرمة بن خالد عن رجل من
الانصار قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الذكر الدية وفي الانف
اذلاستوعب ما رنه الدية وفي اللسان الدية وفي الرجل خمسون واليد
خمسون والعين خمسون وفي الجايعة الثلث وفي الامة الثلث وفي المتقلة
خمس عشرة وفي الموضحة خمس وفي السن خمس وفي كل اصبع ما هنا لث عشر
وذكر حديث بن عاصم عن علي انه قال في الحاجبين الدية وفي الانثيين والارنيين
الدية وفي العين النصف وفي الاول النصف وفي اليد النصف وفي الرجل
النصف وفي احدي البيصتين النصف وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية
وفي العينين الدية وفي النفس الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي

الاثنين الدية وفي الاثنين الدية وفي الامة او الجايعة وفي المنقلة خمسة
عشر وفي الاصابع عشر عشر وفي الموضحة خمس من الابل وفي الاسنان
خمس وفي الهاشمة عشر من الابل وذكر الحكم عن علي قال في السمحاق اربع
من الابل وذكر حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال جعل
رسول الله صلى الله عليه وسلم دية المعاهدين دية الحر المسلم وكان لهما
عهد وذكر حديث معمر عن الزهري قال دية المعاهد كدية المسلم
قلت له بلغني عن سعيد قال هو كذا وكذا قال الزهري خير الامر ما
عرض على كتاب الله تعالى قال الله تعالى ان كان من قوم بينكم وبينهم
ميثاق فدية مسلمة الى اهله فاذا اعطيته ثلث الدية فقد سلمها
قال معمر والشعبي والتخمي مثل قول الزهري الدية تامة قال
ابو الحسن قول الزهري قد سلمها اليه على التقرير على السائل المعني
فقد سلمها اليه وذكر عن ابن عليه عن ايوب قال سمعت الزهري يقول
دية المعاهد دية المسلم وكان يتناول هذه الآية وان كان من قوم
بينكم وبينهم ميثاق **باب ما يدخل**
من جنابة الشجاج بعضه في بعض وما لا يدخل
قال ابو الحسن لو ان رجلا تلج رجلا قد ذهب من ذلك بصره او سمعه
او كلامه او شعره فلم يثبت او عقله فان ابا حنيفة قال عليه دية
في ذهاب شعره وعقله ولا شيء عليه للموضحة دخل ارش الموضحة
في الدية ولا يدخل ارش الموضحة في غيره من فيكون في السمع والبصر

او الكلام اذا ذهب بالشجة ارش الشجة والدية وكذلك قال محمد وقال
ابو يوسف رواية الاملاء واهابشرو على مثل ذلك وروي عنه بن زياد
ان الشجة تدخل في دية السمع وقال في الجوامع يدخل في السمع والكلام
ايضا ولا يدخل في البصر خاصة وقال الحسن بن زياد لا يدخل في ذلك ارش
الشجة الا في الشعر وقال زفر لا يدخل ارش الشجة في شيء من ذلك شعر
ولا غير اما اذا اوضحه فذهب شعره ولم يثبت فعليه الدية وسقط
ارش الموضحة وذلك لان ارش الموضحة يجب لغوات جز من الشعر الا
تري ان الشعر لو ثبت سقط ارش الموضحة والدية وجبت لغوات
الشعر وقد تعلقا جميعا بسبب واحد فيدخل الجز في الجملة كمن قطع
اصبع رجل فسلب يده وجه قول زفر ان الموضحة والشعر كل واحد
منهما جناية فيمادون النفس فلا يدخل احدهما في الاخر كسائر الجنايات
واما اذا ذهب العقل فوجه قولهم ان منفعة العقل يتعلق بجميع
البدن فاذا فأتت المنفعة من جميع الاعضاء لا ترى ان افعال
المجنون لا ترتب كافعال البهايم فصار كمن اوضح رجلا فأت لما كان
الموت يبطل جميع المنافع دخلت الموضحة فيه كذلك العقل وجه قول
الحسن ان الموضحة والعقل جنايتان اختلف محلها والمقصود بهما فلم
يدخل احدهما في الاخر كارش اليدين واما اذا ذهب السمع والبصر والكلام فوجه
قول ابي حنيفة ومحمد ان منفعة كل واحد من هذه الاشياء تختص به
خاصة لا يتعدى الي غيره فلم يدخل في ارش الشجة كجناية اليد وقد قدمنا

ما روي عن عمر انه فضي في شجرة واحدة باربع ديات وجه قول ابي يوسف
ان السمع والكلام باطن فدخل ارش الموصحة فيه كالعقل وليس كذلك
البصر لانه ظاهر فهو كاليد والرجل وهذا الفرق يبطل بالشعر فان قال
اذا اوجبت بالسمع وبالبصر دية وبالكلام دية وارادت الموصحة الشجرة
الي الموت لم يجب الادية واحدة والموت اعظم من ذلك فله الموت هو
فوات الجملة وهذه الاشياء تبع للجملة فيدخل الشجر في المتنوع فاما اذا
لم تمت فكل واحد من هذه المعاني غير تابع للآخر فلا يدخل في ارشه فان قيل
من اين نعلم ذهاب السمع والشم والكلام والبصر قبل له قد يعلم ذلك باعتراف
الجاني ونصد يقه المجني عليه او ينكوله عن اليمين وقد يعرف البصر بان ينظر
اليه عدلان من اطبالا نه ظاهر يعرف عينه فاما السمع فيستعمل المدعي
لذهاب سمعه كما روي عن اسماعيل عن ابي حنيفة ان رجلا ضرب المرأة فادعت
عنده ذهاب سمعها فتشأغل عنها بالنظر في القضاء ثم التفت اليها فقال
يا هذه غطي عورتك فجمعت ثيابها فعلم بذلك انها كاذبة في دعواها ومن
اصحابنا من قال اذا ادعى الانسان انه قد عمى جعل يزيديه حية ليختبر
حاله بها فاما الكلام فيعرف بان يستعمل حتى يسمع كلامه او لا يسمع واما
الشم فيحس بالروائح الكريهة فان ظهر منه مع منها علم انه كاذب وقد
روي ان محمدا قال في الشم الدية لانه فوق متفعة مقصورة على وهو
ادراك الروائح الطيبة فتقيل له وحصل متفعة وهو البيع وشم
الدوايح الكريهة فقال لان الملوك لا يرضون بهذا يعني انهم يتمكنون من تجنب

١٥٩
الكريهة فلا يحتاج في تجنبها الراءة قال ابو الحسن وسوا كانت هذه الاشياء
ذهب بالشجرة او ذهب بعضها دون بعض الاجتماع في هذا او الانفراد واحد
وهو على ما اخبرتك ان كان في جملة ما ذهب بالشجرة ما يدخل فيه ارش الشجرة
دخل وان لم يكن فيه ما يدخل فيه ارش الشجرة فعليه ارش الشجرة من الدية
وذلك لان التداخل ليس هو للكروا نما هو لمعنى آخر وليس في اجتماع ذهاب
هذه المنافع اكثر من زياد في الارش قال ولا يدخل من ديات هذه الاشياء بعض
في بعض الا ان يكون عين الجناية الموت فسقط ذلك كله ويكون على الجاني
الدية ان كان الاول خطأ فعلى عاقلته وان كان عمدا فدية النفس فيماله
وكل ذلك في ثلث سنين وجب على العاقلة او في الحال وذلك لان السمع والبصر
والكلام قد يمتد ان كل واحد منهما ليس يتابع للآخر فلا يدخل في ارشه وجميع
هذه الاشياء تابعة للنفس فيجوز ان يدخل في ارشها فاما الخطأ فهو على
العاقلة على ما قدمناه واما العهد الذي لا فضا ص فيه ففي ما للجاني لما روي
عن عمر انه قال لا يحمل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صليا ولا اعترافا اما وجوبه
في ثلث سنين فلا نه دية وجبت بنفس الفعل كدية الخطا وشبه العهد
قال وسائر الشجاج في هذا سوا كانت الشجرة موصحة او هاشمة او منقولة
او امانة وذلك لان الارش هذه الشجاج يجب بنوات السفر فالموصحة ^{تدخل} في
دية الشعر وكذلك في دية القتل لانه مجري مجري دية النفس قال
فان كانت اسنن او ثلث فكذلك لان السنن ادم يجب فيها دية وفي
شعر الرأس دية وكذلك في العقل واذا كانا مثلين دخل احدهما في الآخر

قال وان كانت اربعة اوام فذهب منها عقل لم يدخل ارش الشجاج اكثر من الدية
كان فيها دية وثلاث في كل سنة الثلث قال ابو يوسف في الادام الي دية العقل
فاجعل عليه الاكبر من ذلك وقال زفر عليه دية وثلاث وذلك لان ارش الاوام
اذا زادت على الدية لم يجز ان يدخل فيها لان الكثير لا يتبع القليل فيما دون النفس
فوجب الاكبر من الامرين واما زفر فمن صله لا يدخل في ارش الشجاج متى ما
ذهب بها وقال ابن سامة وبشر وعلي عن ابي يوسف ولو لم يسقط بالموضحة
الاسى لبشر لا يبلغ ارش الموضحة جعلت عليه ارش الموضحة وادخلت الشعر
فيه وذلك لان الموضحة والشعر قد بينا انهما مختار لمعني واحد فلما يدخل
الموضحة في ارش الشعر اذا كانت اقل منه كذلك الشعر يدخل في الموضحة
اذا كان اقل منها قال ولو شج رجل رجلا في خاصه موضحة خطاهن فلم يثبت
جعلت عليه نصف الدية وادخلت ارش الموضحة في ذلك وذلك لان ارش
الموضحة يجب للشين وذهاب الحاجب تعلق به نصف الدية لذلك فدخل
ارش الموضحة فيه كما يدخل مع الراس قال الشيخ وهذه المسائل انما هي في الشجاج
لخطافا اذا كانت الشجة عمدا فذهب منها الشعر والعقل والسمع او غيره
فهو على خلاف محمد فيمن قطع اصبع رجل عمدا فسلت اخري الي جنبها ونخن بنين
ذلك في موضعه ان شا الله عز وجل **باب**

الكف يقطع وفيها بعض الاصابع قال واذا قطعت اليد
وفيها اصبع واحد فعليه دية الاصبع وليس عليه في الكف شيء وكذلك
اذا كان فيه اثنتان او ثلاثا واربعة ففي كل ذلك دية الاصابع ولا شيء في الكف

16- وهي تبع للاصابع وهذا قول ابي حنيفة وقال بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
قال ابو حنيفة اذا بقي شيء له ارش معلوم دخلت الكف فيه فيكون في قتياس
قولنا في ثلث اصبع يعني مفصلا من اصبع فيها ثلث مفصل فقطع انسان
ما بقي من الكف فعليه ثلث خمس دية الكف وقال محمد في الاصل اذا قطعت
الكف بالاصبعين فيها خمس الدية وهذا قول ابي حنيفة ما بقي من الاصابع
شيء ولو مفصل واحد وقال بشر وعلي من سامة عن ابي يوسف اذا بقي نصف
الابهام ان قتياس قول ابي حنيفة ان ينظر الي ما بقي من الكف والي دية نصف
الابهام فابها كان اكثر لزم ودخل القليل من الكثير وقال محمد في الاصل عن نفسه
وعن ابي يوسف انه ينظر الي الكف والي ارش ما بقي من الاصابع فدخل اقلها
في اكثرهما وكذلك رواية الجامع الصغير قال الشيخ وجملة هذا انه اذا قطع
الكف وفيها ثلث اصابع فصاعدا وجب ارش الاصابع وسقط ارش الكف في
قولهم لان بقا اكثر الاصابع كبقا جميعها وان كان في الكف اقل من ثلث اصابع
وجب ارش ما بقي منها ولو كان مفصلا واحدا عند ابي حنيفة وقال في الرواية
المشهوره يدخل القليل في الكثير ابها كان وجه قول ابي حنيفة ان ما بقي من الاصابع
له ارش مقدروا الكف ليس لها ارش مقدروا وهي مفصلة بها فيتبعها في ارشها
كما يتبع جميع الاصابع ونظير هذا ما قالوا في اهل الحطة ما بقي منهم واحد فالتسا
عليهم دون المشترين وكذلك قالوا في الوصية لولد فلان ما بقي له ولد من صلبه
وان كان واحدا لم يدخل ولدا الولد في الوصية وجه قولها ان القليل تبع للكثير
والكثير لا يدخل في القليل فوجب ان يعتبر الاكثر من الامرين واما الذي ذكره

عن رواية بن سمانة وعلي وبشران قياس قول أبي حنيفة في نصف الإبهام
إذا قطعت من الكف لم يدخل القليل في الكثير وليس بصحيح والظاهر من
قوله ما حكاه فكل ذلك عن بشر عن أبي يوسف أن الكف يتبع ثلاث
المفصل لأن لها أرشاً مقدراً وجه ما ذكره بن سمانة من اعتبار الأكثر
أن المفصل ليس له أرش مقدراً بنفسه فضعف حكمه والأصابع
أرشها مقدراً بنفسها وقد كان قول أبي يوسف الأول أن أرش الأصابع
إذا كان أقل من أرش الكف وجب أرش الكف والأصابع وإذا كان
أرش الأصابع أكثر دخل الكف فيه وجه ذلك أن الأصابع إذا كان
أرشها أكثر فقد روي حكمها بالتقدير وبالكثرة فينبعها الكف
وإذا كان أرش الكف أكثر فقد قوي الكف بالكثرة وقويت الأصابع
بالتقدير فلم يتبع أحدها الآخر وروي عنه أن ما يلي الأصابع الباقي
من الكف يدخل في أرشها ويجب فيها بقي من الكف حكومة لأن الأصابع كلها
لو كانت باقية دخل الكف معها على طريق التبع ولو كانت كلها ذاهبة
وجب أرش الكف فإذا ذهب بعضها وبقي بعضها تبع الباقي ما يليه وانفرد
حكم بقية الكف بنفسه وقال أبو يوسف إذا قطع الكف ولا أصابعها
فغلبه حكمه لا تبلغها أرش أصبع لأن الأصابع يتبعها الكف والتبع
لا يساوي المتنوع في الأرش وذكر أبو الحسن حديث عمر رضي الله عنه قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم في كل أصبع ما هنالك عشر عشر وذكر
حديث عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هذه وهذه

سواء أشار بأصبعه إلى خنصره والإبهام **باب**
في الجنين قال أبو الحسن وإذا ضرب الرجل بطن امرأة حرة فالقت جنينا
ميتاً ففيه عرق عبداً وأمة تعدل خمسمية ذكر كان أو أنثى هما سواء في العرق
وهي على عاقلة الضارب وقد كان القياس عندهم أن لا يجب على الضارب في
الجنين شيء لأنه يجوز أن يكون حياً وجوز أن يكون الحياة لم تخلق فيه فلا يضمن بالشك
ولأنهم اتفقوا أن من ضرب بطن دابة فالقت جنيناً كان عليه نقصانها ولا شيء
عليه في الجنين وكذلك جنين الأدمية ولأنه إن كان في حكم النفس وجب
فيه دية كاملة وإن كان في حكم الأعضاء لم يتقوم وإنما تركوا القياس لما روي
في حديث المغيرة قال كنت بين جارينتين فضربت أحدهما الأخرى يعود مسطح
فالقت جنيناً ميتاً وماتت ففرض رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة
الضاربة بالدية وبغرة الجنين وروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه اختصم
إليه في أملاص المرأة فقال نشدتكم الله هل سمعتم من رسول الله صلى الله عليه وسلم
في ذلك شيئاً فقام المغيرة فقال كنت بين جارينتين فذكر الجنين وقال فيه
فقام عمر للجنين قال إنه قد أشعر وقام والد الضاربة فقال كيف ندي
من لا أكل ولا شرب ولا صاح وسهل قدم ذلك بطل فقال صلى الله عليه
وسلم اسجع لصع الأعراب وروي كسجج الكهان فيه عرق عبداً وأمة فقال
عمر من يشهد معك بهذا فقام محمد بن مسلمة فشهد فقال عمر كدنا أن نقضي
فيها برأينا وفيه سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد روي هذه القصة
حماد بن مالك بن نابعة وروي عبد الرحمن بن أبي ملح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

قضي في الجنين غرة عبدا او امة او خمسمية ولان الضارب منع من الحياة
فوجب عليه الضمان كالمغرور لما منع من حصول العتق ضمن قيمة الرق واما
الغرة فقال ابو عمرو بن العلاء الغرة عبدا بيضا ومنه قولهم غرة العرس اذا
كان على جبينه بياض ومنه قوله صلى الله عليه وسلم امتي غير محجلون يوم القيمة
وقد قيل انه عبد جيد ومنه قيل لكثير الغنوم غنهم وقد قيل ان الغرة
اسم للعبد واشدوا كل قتيل من كليب غرة حتى نال القتل امر
وقيل انما سمي غرة لانه اول مقدار يظهر في الدية كما سمي اول
الشهر غرة ووجه الانسان غرة لانه اول ما يظهر منه وقد قال
اصحابنا ان الغرة مقدرة بخمسمية وقال الشافعي بسنمايه وهذا
مع اتفاقهم على انها نصف عشر الدية ولكن اختلفوا في ذلك بحسب
اختلافهم في الدية فعندنا ان الدية عشر الاف فالغرة خمسمائة
وعندهم ان الدية اثني عشر الف درهم والغرة ستماية وقد ذكرنا حديث
عبد الرحمن بن ابي ملح ان رسولا لله صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين غرة
عبدا او امة او خمسمية وعن قتادة ان قيمة الغرة خمسمية ولان النبي صلى الله
عليه وسلم لما اوجب الغرة والحوان لا يثبت في الدية شيئا صحيحا فمن ثبت
عليه الحوان ان شأله وان شأله قيمته وقد قدرت القيمة بنصف العشر
كما قدرت قيمة الابل واما قوله فانه يسئو في فيه الذكر والانثى فلان النبي
صلى الله عليه وسلم قضى فيه بالغرة ولم يستفصل ولانه قد يتعذر التمييز
بين الذكر والانثى فسقط اعتباره في الغالب واما وجوب الغرة على العاقلة

١٦٤
فلان العاقلة قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم كيف بدى من الاكل ولا شرب وهذا
يدل على ان القضا عليهم ولانه بدل عن نفس وان لم يكمل فهو كالدية واما
قوله لا كفارة على الصاب فلان القتل غير مستحق لجواز ان يكون الحياة
لمتخلو فيه والكفارة تتعلق بالقاتل ولان الكفارات لا يجوز اثباتها الا بثبوت
او اتفاق ولان النبي صلى الله عليه وسلم لما قضى بالغرة لم يذكر الكفارة دل على انها
لا تجب ولو وجب لبينها قال فالغرة بين ورثة الجنين وقال الليث الغرة
لام الجنين لنا ان الغرة بدل عن الجنين بدلالة انها تعتبر به دون الام
الا ترى ان جنين ام الولد يجب فيه ما يجب في جنين الحق فدل على انه
معتبر بنفسه والبدل عن النفس تستحقه الورثة قال ولا يرث الضارب
منها شيئا لانه قاتل ولا حق للقاتل في الميراث قال فان القتل حيا فما في فيه
الدية كاملة على العاقلة وعلى الضارب الكفارة ولا يرث الضارب منها
شيئا لانه اذا وضعت حيا فقد صار قاتلا للنفس وقيل النفس تتعلق
به كمال البدل وعليه الكفارة لانهما تتعلق بقتل الخطا وقد علمنا انه قاتل
قال فان القتل جنينين ميتين ففي كل واحد منهما غرة وان القتل حيين ثم
ماتا ففي كل واحد دية وذلك لان الضارب متلف للجنين ومن اتلف شخصين
بضربة واحدة منهما بما يضمنه لو انفراد كالكبير بل قال فان القتل احدهما
ميتا والاخر حيا ثم مات فعليه في الميت غرة وفي الحي الدية وذلك لان
جميعهما في الاختلاف كافراد كل واحد منهما فيعتبر في حال الاجتماع ما يعتبر
في حال الانفراد قال فان ماتت الام من الضربة وخرج الجنين بعد ذلك حيا

ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين وذلك لانه لما انفصل عنها حيا
اعتبر حكمه بنفسه بدلالة انه يجب فيه ارش كامل فصار كالقاتل للابن
قال وان خرج بعد موتها ميتا فعليه دية الام ولا شيء عليه في الجنين
قال الشافعي يجب عليه في الجنين غرة لنا ان القياس يمنع من تقويم الجنين
وانما تركنا القياس للخبر وقد ورد فيمن القت جنينا وذلك لا يكون الا في
حال حيويتها حتى يضاف الفعل اليها وما سوي ذلك على اصل القياس
ولان الجنين في حكم الاعضاء بدلالة انه لا يكمل ارشه والاعضاء اذا انفصلت
بعد الموت لم تتقوم قال فان ضربت بطن امه فالقت جنينا ميتا فقيه
نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان انثى وقال الشافعي
فيه عشر قيمته الانثى وهذا فرع على ان الجنين معتبر بنفسه دون امه
بدلالة ما بينا ان جنين ام الولد يجب فيه ما يجب في جنين الحرة وكذلك
جنين النمرانية عندهم اذا كان زوجها مسلما يعتبر فيه ما يعتبر في
جنين المسلمة ولازم ما يجب فيه موروث عنه ولو اعتبر بالام لكان لها
كأرش اعضائها واذا ثبت ان الواجب فيه معتبر بنفسه ومعلوم ان
الواجب في الجنين خمسية ذكر كان او انثى وذلك عشر قيمته الانثى ونصف
عشر قيمته ان كان ذكرا بنا على الحر ولا يقال لعصل الانثى على الذكر
في الارش خلاف الاصول لانهم سوو بينهما والنسوبة بين الذكر والانثى خلاف
للاصول فدل على ان الجنين اصل في نفسه قال وان خرج حيا ثم مات فقيه
قيمه لانه كامل في نفسه فيوجب اتلافه كالاغنة قال وان خرج

بعد موتها فقيه قيمته لانه كامل في نفسه فيوجب اتلافه كالاغنة
حيا ثم مات فقيه قيمته لانه اذا انفصل حيا انقرد بنفسه ولم يتبع امه
وان خرج بعد موتها ميتا فلا شيء فيه وهذا على ما بينا في جنين الحرة قال وما
وجب في جنين الامة فهو في مال الاضارب فيؤخذ به حالا من ساعته روي
ذلك معلى عن ابي يوسف والحسن بن زياد عن ابي حنيفة وزفر وابي يوسف
وهو قول الحسن وذلك لان ما دون النفس من الرقيق ضمان الاموال
بدلالة انه لا يتعلق به فضا من حال ولا كفارة وضمان المال يكون حالا
في مال الجاني ولا تتجمله العاقلة قال وروي للحسن عن ابي يوسف ان جنين
اذا وقع ميتا فلا شيء عليه وهو قول الحسن وكذلك روي بن رستم عن ابي
يوسف وروي هشام عن محمد عن ابي يوسف انه قال يجب في جنين الامة
ما تنقص الام قال هشام فاما محمد فلم يقل به وروي ابن ابي مالك عن ابي
يوسف مثل قول ابي حنيفة ومحمد وهذا فرع على اختلافهم في ان الجنانية
على العبيد ضمان الجنائيات او ضمان الاموال فعند ابي حنيفة ومحمد
ان ضمانها ضمان الجنائيات ولهذا لا يزداد على الدية والجنين ينقرد في الجنابة
بالارش من الام فاما على مذهب ابي يوسف فضاها ضمان الاموال ولهذا
لا يتعدل عنده ولا تتجمله العاقلة فضا رجنينها كجنين الدابة يجب فيه
ما نقصت الام قال فان ضرب ضارب بطن امرأة حرة فالقت جنينا
قد استبان بعض خلقه فلم تتم حوته فقيه ما في الجنين التام اذا سقط
وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين بالغرق ولم يفصل ولا لانه

اذا استبان بعض خلقه فقد علم انه ولد فهو كالكامل الخلق قال محمد بن محمد
 ولا كفارة علي الضارب وان سقط كامل الخلق ميتا الا ان يشأ ذلك فهو
 افضل وليس ذلك عليه عندنا بواجب ولينتقرب الي الله تعالى مما
 صنع بما استطاع من خير ويستغفر مما صنع وهذا قول ابي يوسف
 وقولنا وقد بينا سقوط الكفارة في الجنين لانا لا نعلم حوته والكفارة
 لا سقوطه وذكر ابو الحسن حديث عكرمة عن ابن عباس قال كانت امرأتان
 سهما صح فرمت احدهما الاخرى بحجر فانسقطته جنينا قد نبت شعر
 وماتت المرأة فقضى علي العاقلة بالدية فقال عمرها يا رسول الله انها
 اسقطته قد نبت شعر قال فقال ابو القاتلة انه كاذب والله ما
 استهل ولا غفل ولا شرب ولا اكل فمثله بطل فقال رسول الله صلي
 الله عليه وسلم اشجع كشيخ الجاهلية وكهانها في الصبي غرق ادي
 غرق وذكر حديث المغيرة بن شعبه قال ضربت امرأة بعمود الفسطاط
 وهي حبلى فقتلها فجعل رسول الله صلي الله عليه وسلم دية المقتولة علي
 عصبة القاتلة وغرة لما في بطنها فقال رجل من عصبة القاتلة
 انعم دية من لا اكل ولا شرب ولا استهل ومثل ذلك بطل فقال رسول
 الله صلي الله عليه وسلم اشجع كشيخ الاعراب قال وجعل عليهم الدية
باب ارش الجنائيات علي الرقيق
 قال ابن سماعه وبشر بن الوليد عن ابي يوسف قال ابو حنيفة كل شيء
 في الحرفية الدية فهو من العبد فيه الغنية وكل شيء من الحرفية نصف

الدية ففيه من العبد نصف الغنية ولذلك الجراحات علي هذا الحساب
 قال ابو يوسف ثم ان ابا حنيفة بعد ذلك رجع في حاجب العبد وفي اذنيه
 وقال فيه حكم عدل قال محمد في املايه قال ابو حنيفة اذا قطع الرجل يد
 العبد او قاع عينه او قطع رجله او شجحه موضحة او امانة او منقلة
 او نزع ثنيته او فترسه نظر الي الذي صنع به كم ارش ودية الحرفية
 من قيمته ولذلك بلغنا عن ابراهيم وسعيد بن المسيب قال محمد بن قيس
 ابو حنيفة في الاذن نصف الغنية وقال الحسن عن ابي حنيفة وزفران
 خلق احد حاجبيه فلم يثبت او تنف اشفار عينيه الاسفل والاعلي فلم
 يثبت او قطع احدي شفتيه العليا او السفلي ان عليه في كل واحد
 من ذلك نصف الغنية وقال محمد في نفسه يغرم الجاني بجنائته فانقضت
 جنائته في العبد من قيمته اقومة لاجنائة به واقومه بجنائة عليه ويغرم
 الجاني نصف ما بين القيمتين قال محمد وهو قول زفران ابي يوسف الاخير
 وقولنا قال محمد وجميع هذه الجنائيات في مال الجاني خطأ او عمدا لم يبلغ
 النفس قال الشيخ وجملة هذا ان الجنائيات في العبد تتقدر بما دون
 النفس عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يتقدر وروي عن ابي
 يوسف مثله وهو قول مالك وجه قول ابي حنيفة ان الغنية في العبد
 كالدية في الاحرار فان كان الجنائة فيما دون النفس يجوز ان يتقدر مع
 دية الحرفية كذا يجوز ان يتقدر في قيمة العبد ولان الجنائة عليه في النفس
 يدخلها التقدير الا ترى انها تبلغ بها الدية فجاز ان يكون ما دون النفس

منه بدخله التقدير كالحرج وجه قول محمد ان مادون النفس من العبد
ضمانه ضمان الاموال بدلالة ان لا يتعلق به قود ولا كفارة ولا يتحملها
العاقلة وضمان الاموال يجب فيه التقصان واذا ثبت هذا فروي
الحسن عن ابي حنيفة ان الجناية على العبد مقدرة فيما يقصد به المنفعة
وما يقصد به الزينة مثل الحجاب والشعر والاذن وذلك لان التقدير
انما دخل في الجناية عليه استوي ما يقصد به المنفعة وفيما يقصد به
الزينة كالحروروي ابو يوسف عن ابي حنيفة قال ما يقصد به المنفعة
يتقدر وما يقصد به الزينة لا يتقدر قال وهو في قوله الاخر لان الزينة
ليس بمعنى مقصود من العبد وهي مقصودة من الاخرار فاما المنفعة
المقصودة منها فذلك تقدرت ولان مادون النفس من العبيد
اجري مجري الاموال بدلالة انه لا يجب فيه قصاص ولا يتحملها
العاقلة وهو في نفسه جناية فلو تقدرت قبل حال الحق للجنايات
من كل وجه ولولم يتقدر للحق ب ضمان الاموال من كل وجه فتدروا
منه ما يقصد به المنفعة ولم يقدر وما يقصد به الزينة ليعطي
الشبه من الجهتين فاما قوله ان الجناية على العبد فيما دون النفس
لا تتحملها العاقلة فلان ضمانه اجري مجري ضمان المال بدلالة انه لا يلزم
فيه قصاص بحال وضمان المال لا يتحملها العاقلة فاما اذا قتل العبد
خطا فقيمته على العاقلة عند ابي حنيفة ومحمد وروي عن ابي يوسف
انه قال في مال القاتل وروي عنه ان مقدار الدية على العاقلة وما زاد على

ذلك

ذلك في مال القاتل وجه قولها ان ضمان النفس في العبد جناية بدلالة
وجوب القصاص فيها اذا كانت عمدا ووجوب الكفارة قصاصات كالجناية
على الحر وجه قول ابي يوسف ما روي عن عمر انه قال لا يعقل العاقلة
عمدا ولا عبدا ولا صليحا ولا اعزافا لان العاقلة لا تتحمل مادون النفس
فيه فكذلك النفس كالبهايم وعكسه الاحرار والجواب اما الخبر فمعناه
لا تتحمل العاقلة ما جناه العبد العبد لان المولى اقرب اليه منهم واما قياسه
على مادون النفس فليس يصح لانه لا يتعلق به احكام الجنايات من
القصاص والكفارة فلذلك لم يتعلق به حكم الكفارة وجه الرواية
الاخرى عن ابي يوسف ان مقدار الدية منه ضمانها ضمان الجناية فتحملها
العاقلة وما زاد على الدية فوجوبه من حيث ضمان المال فلم يتحملها العاقلة
قال وقد حكى الحسن عن ابي حنيفة انه فرق فيما يقصد به الرقبة من
العبيد بين ما يوجب الدية او اقل من الدية فقال في احد حاجبيه نصف
القيمة وفي الاخر ما نقص لا يبلغ به دية حر وذلك لان الجناية على العبد
جناية على المال فلا يجب جميع قيمته بنقصانه كما لا يجب في الدراهم وقد
قال الحسن في روايته اذا قطع ذكره او انثى او اصابع يديه او اصابع
رجليه فقيه ما نقصه وهذا يقضي ان يكون ما يقصد به المنفعة
وما يقصد به الزينة اذا بلغ جميع القيمة وجب فيه ما نقص لانه مال فلا
يجب بنقصانه جميع قيمته والمشهور من الرواية في ثدي العبد وعينه
جميع قيمته وخبر المولى بين امساكه من غير ضمان او تسليبه الي الجاني واخذ

العينة حتى لا يجتمع على ملكه البدل والمبدل ونحن بين هذه المسئلة
 في موضعها **فصل** وقال ابو حنيفة ومحمد وزفر اذا قتل العبد
 وقيمتة عشرة الاف او اكثر فقيمة عشرة الاف الا عشرة دراهم وذلك على العاقلة
 في تلك سنين وقال ابو يوسف فيه قيمته بالغة ما بلغت وجه فولهم وهو قول
 ابن مسعود انه جناية على نفس ادمي فلا يزداد على الفدا كالجناية على الحر
 ولان المعاني التي تزيد قيمة العبد موجودة في الاحرار ومعها زيادة الحرية
 فاذا لم يوجد اكثر من الدية فلا زلا يوجب في العبد مع نقصان الرق اولى وجه
 قول ابي يوسف وهو قول علي وابن عمرو وابن عباس رضي الله عنهم انها جناية
 على مال فوجب بها الفينة غير مقدرة كالبهايم ولانه لما لم يتقدر اذ قله لم
 يتقدر كثيره كالبهايم واذا ثبت انه لا يزداد على الدية نقصت منها عشرة
 دراهم لان احدا لا يفصل بين الموضعين ولانه روي عن ابن مسعود انه قال
 في قيمة العبد لا يزداد على عشرة الاف الا عشرة دراهم وهذا لا يعلم الا من طريق
 التوقيف ولان النقصان من الدية انما جعل للنقصان الرق والفرو
 بين الرق والحرية في النقص قد قدر في الشرع بعشرة الا ترى ان الحرية لا يستباح
 وطها الا بعشرة ويستباح وطى الامة بالهبة بغير شيء فكذلك قدر وانقص
 الرق ههنا بعشرة واما الامة فلا يزداد على خمسة الاف الا عشرة دراهم لان
 هذا رتبة الحر فتقص مثله كما ينقص دية الرجل وليس كذلك اذا قطع يد
 العبد انه لا يتجاوز خمسة الاف لان ما يجب في الدية جز ما يجب في الجملة
 فقد رغبنا عنها وما يجب في الاثني ليس بجز من دية الذكر وانها هي دية بنت

١٦٢
 بنفسها فكذلك يقدر النقص فيها بعشر قالوا ان قتله حرا وعبد عدا واجب
 فيه القصاص وان قتله عبد خطأ او جني عليه فيما دون النفس دفع به
 الا ان يفدي ولا يباع في الجناية اما وجوب القصاص بينه وبين الحر فيثبت في
 الجنائيات واما جناية العبد فخير المولى فيها بين الدفع او الفدا وقال الشافعي
 يباع فيها وقد روي مثل قولنا عن علي بن ابي طالب وابن عباس والوجه فيه
 ان الجناية التي يمكن استيفاؤها من الرقبة تتعلق بها جناية العهد واذا
 تعلق برقبته فاذا زال المولى عنه بالتسليم سقط عنه حكم الجناية كما لو
 جني عمدا فخلى بينه وبين الاوليا ولان المولى كعاقلة العبد الا ترى انه
 اقرب الناس اليه فهو كالعاقلة التي هي اقرب الناس الى القاتل فيلزمه
 حكم جناية عبده كما يلزم العاقلة جناية الحر الا انه انما يلزمه المطالبة
 بملكه العبد فاذا رضى بتسليمه سقط حكم المطالبة كما لو ارث اذا
 رفع يده عن الزكة وخفي بين الغرماء وبينها سقط عنه المطالبة بدية
 الميت لانه كان يطالب لتعلق حقه بالزكة فاذا رفع يده عنها سقطت
 المطالبة قالوا والكفاية واجبة بقتل العبد في قولهم لقوله تعالى ومن قتل
 مومنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ولم يفصل بين الحر والعبد قال
 ابو الحسن كل دية وجبت بنفس القتل في خطأ او شبهة عدا وفي عمدا
 دخلته شبهة فهي في تلك سنين على من وجبت عليه في كل سنة
 الثلث والخطا وشبهه العبد على العاقلة فالعبد الذي يدخله
 شبهة فيتحول مالا فهو في مال الجاني وكل ذلك في تلك سنين

اما ان يحل العاقلة للدية في الخطا فقد قدمناه وكذلك في شبه العمد الحديث
 الجنين الاتري ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بدية ^{المقتولة} علي عاقلة الضاربة
 وان كانت اعتمدت ضربها لانه شبهه عمد فاما العمد الذي دخلته الشبهة
 فاما نعي بذلك قتل الاب لابنه فلا يتحمل العاقلة حديث عمرانه قال
 لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا واما وجوب دية الخطا وشبه العمد
 في ثلث سنين فقد قدمناه واما العمد الذي دخلته الشبهة مثل قتل
 الاب لابنه وقد كان ينبغي علي قولنا في الحسن ان يكون جالا لان القتل
 عنده بوجبا لقصاص ثم يتعذر الاستيقا فيصير كدم العمد اذا
 عفا احد الشريكين الا انهم قالوا يكون موجلة لان القصاص من الم
 يثبت حكمه حال صار كانه لم يجب والى ان الدية وجبت بنفس القتل
 فتجب موجلة وهذا على ما يقول في ملك الوكيل لما يستقر صار كان
 لم يكن حتى لا يعتق عليه ارحامه قال ومن اقرب قتل خطا فالدية في
 ماله في ثلث سنين في كل سنة الثلث عند انقضاها وذلك لقول
 عمر لا يعقل العاقلة صلحا ولا عرا لانه مصدق على نفسه غير مصدق
 على عاقلته ولان الدية تجب عليه عند نابا للقتل ويتحملها العاقلة
 عنه فاذا لم يصدق عليهم بقيت الدية في ذمته علي ما كانت وتكون موجلة
 لانها وجبت بنفس القتل يودي عند انقضا كل سنة ثلثها لانه مال
 موجل بالحول فيودي عند انقضا الاجل كالدين للموجل قال واذا صولح
 من الجناية على مال فهو حال في مال الجاني فكذلك كل جز من الدية وجبت

علي عاقلته او في مال الجاني فكذلك الجزية ثلث سنين في كل سنة منه الثلث
 كرجل قتله عشرة خطا او شبهه عمدا الصلح فلانه مال وجب بعقد
 كالتميز في البيع فان شرط فيه اجلا كان موجلا وان لم يشطه كان حالا
 واما الجز من بدل النفس فهو في ثلث سنين قياسا على ما يجب
 على كل واحد من العاقلة من الدية فاذا قتل العشرة الواحد فعلي عاقلة
 كل واحد منهم عشرة الدية في ثلث سنين لانه جز بدل من النفس فتاجل
 بثلث سنين كما يلزم كل واحد من العاقلة قال وكذلك عشرة قتلوا رجلا
 عمدا احدهم ابوه فالدية في مال كل واحد منهم العشر وذلك العشر
 في ثلث سنين وذلك لان الاب والاجني اذا اشتركا في قتل الم سقط
 القصاص على ما سمينه ووجبت الدية بسقوط القصاص فكانت
 في مال الجاني ولا يغرم كل رجل من العاقلة الا ثلثة دراهم او اربعة في
 الثلث سنين وذلك كل ما يغرمه لا يغرمه اكثر من ذلك وقال الشافعي
 لا ينقص كل واحد منهم من نصف دينار كما ان الدية تلزم العاقلة
 تخفقا عن القاتل على وجه التبرع فلا يبلغ بمقدار ما يجب على كل
 واحد منهم مقدار ما يجب في الزكاة حتى ينقص التبرع عن الواجب
 ولان النصف دينار مقدار يجب في الزكاة بنفسه فلا يتقدر ما يلزم
 احاد العاقلة كما زاد عليه قال وان قلت العاقلة حتى يصيب الرجل
 منهم اكثر من ذلك ضمن اليهم اقرب القبايل اليهم في النسب من اهل الديوان
 كانوا او من غيرهم حتى لا يلزم الرجل منهم الا القدر الذي ذكرنا وذلك لان

الضمان لزمهم على طريق التخفيف عن غيرهم فلا يجوز ايجابه على وجه يحف بهم فوجب ان يضم اليهم من قرب منهم حتى تخف عنهم كما يضم الى القاتل العاقلة قال وما كان من جنابة فيما دون النفس يبلغ ارشها نصف عشر الدية فهي على العاقلة ان كان خطأ في شبهه وذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم اوجب الفرق على العاقلة وهي مائة بنصف عشر الدية ويكون في سنة لان ما وجب فيه ثلث الدية وما هوون ذلك في سنة واحدة اصله ما يجب على احاد العاقلة في السنة الاولى قال وان كانت عمدا لا يستطاع فيها القصاص او وجب فيها الارش بشبهة دخلت الجنابة فهي في مال الجاني في سنة لما بينا ان العاقلة لا تحمل العمد فتقي في مال الجاني ويكون موجلا لانه وجب بنفس القتل قال وليس فيما دون النفس شبهة عمدا انما هو عمدا وخطا لما قدمنا ان الشبهة العمد انما تكون للالة والقتل يختلف باختلاف الالات فاما ما دون النفس فلا يختص اختلافه بالالة دون الالة قال والجنابة على المرأة فيما بلغ من ارشها نصف عشر ديتها فهو على العاقلة في سنة لان هذا مما نمتد بنفسه كالدية قال وما زاد على نصف العشر الى ان يبلغ ثلث الدية ففي سنة قياسا على ما يجب على العاقلة في السنة الاولى فان زاد على الثالث فالزيادة قليلة كانت وكثير في سنة اخرى الى ان تبلغ الزيادة الثلثين وذلك لان ما زاد على ثلث الدية ينقدر بسنة اخرى اصله ما يجب على كل واحد من العاقلة في السنة الثانية قال

فلذا

فما زاد على الثلث فهي في السنة الثالثة قال ولا تعقل مع العا امرأة ولا صبي ولا عبد ولا مكاتب ولا مدبر وذلك لان العاقلة على طريق التبرع وذلك لا يثبت في مال لصبي فاما المالك فلا يعقلون لان العرب كانت لا تستنصرهم والتحمل انما يجب لاجل النصر اخر كتاب الديات اللهم اغفر لكاتبه وما لكه وللجميع المومنين والمومنات برحمتك يا ارحم الراحمين **كتاب**
الجنایات قال الشيخ الجنابة عبارة عن كل فعل لا يجوز فعله كالجنابة على النفس جنابة وكذلك الجنابة على الاموال الا انه اختصر هذا الاسم في عرف اهل التبرع بالجنابة على النفس فكذلك سمي الفقهاء هذا جنابة وما كان في الاموال غضبا والا سامي تخصيص بالعرف والجنابة في الادمين على ضربين عمد وخطا والعمد على ضربين عمد محض وعمد فيه معني الخطا وقد بينا في كتاب الديات حكم الخطا وشبه العمد والكلام في هذا الكتاب في احكام العمد **باب احكام القصاص**
قال الله عز وجل يا ايها الذين امنوا كتب عليكم القصاص في القتلي الحربا الحرو والعبد بالعمد والانتى بالانتى فاوجب بالاية القصاص على الحرة اذا قتل حرة او على العبد اذا قتل عبدا وعلى الانتى اذا قتلت انتى والاصل في ثبوت القصاص الكتاب والسنة قال الله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقال وكتبنا عليهم

فيها ان النفس بالنفس وقال يا ايها الذين امنوا كتب عليكم القصاص في
القتل ولكم في القصاص حياة يا اولي الالباب وقال النبي صلى الله عليه وسلم
العهد قود وقال كتب الله القصاص قال ابو الحسن اجمع المسلمون على قتل
الذكر بالانثى والانثى بالذكر ولذلك قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان
النفس بالنفس ولان القصاص في النفس لا يعتبر فيه المماثلة وليس
بين الانثى والذكر الا عدم المماثلة وقد حكى عن علي في الرجل اذا قتل
امراة ان او لياها بالحيا وان شآوا اخذوا دينها وان شآوا اعطوا
القاتل نصف دينه وقتلوه وهذا ليس بصحيح لان الفعل الواحد
لا يتعلق به فضا من وعزم في نفس واحدة كما لا يجب بالفعل الواحد
حد ومهر ولان اختلاف الرجل وامراة كما خلافا لاعمى والبصير والصحيح
والاشل وذلك لاسمع من مثل الكامل فيها بالنقص قال واجمعوا على قتل
العبد بالحر وذلك لانه فاقصر عن المقتول فاذا جاز ان يستوفي
بالحر وهو اكمل فلان يستوفي بقتله نفس العبد وهو ناقص اولي
واما الحر فيقتل بالعبد عندنا وقال الشافعي لا يقتل لنا قوله تعالى
ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقال عليه السلام
العهد قود ولان من قتل قاتله اذا كان عبدا جاز ان يجزى القصاص
على عاقلته اذا كان حرا كما حرولانا قد بينا ان المماثلة لا تعتبر في
النفس وانما تعتبر في حق الدم والعبد والحر فقتساويان في حق
الدم على التابيد فانما قوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى

بالانثى فيبدل على وجوب القصاص بين العبد بين وبين الحرين ولا سفي
ما سوى ذلك وفاية التخصيص ان الابه نزلت على سبب وهو ان
بني النضير كانوا اشرف من بني قريظة واعد فتصا حوا علي ان يقتل
بالعبد من بني النضير الحر من بني قريظة ويقتل بالحر من بني قريظة
العبد من بني النضير فابطل الله هذا الصلح بقوله الحر بالحر والعبد
بالعبد ومن ذلك انه قال والانثى بالانثى ولم ينف ذلك وجوب
القصاص بين الانثى والذكر **فصل** قال واجمع اصحابنا على
قتل المسلم بالكا فر الذي الذي يودي الجزيرة ويجري عليه حكم الاسلام
وقال الشافعي لا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر لما روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم افاد مسلما بذمي وقال انا احق من وفي يذمته
وروي ان رجلا من اهل الحرم مسلما قتل رجلا من اهل الجبة نصرانيا
فكتب في ذلك الى عمر فكتب ان يقتل به ثم قيل له ان فارس من
فرسان المسلمين فكتب ان تؤخذ الدية فلولا ان القصاص واجب
ثم يامر به ابتداء واستقاطه في الثاني لمصلحة رها المسلمين وروي
ان مسلما قتل ذميا فقضى علي فيه بالقصاص ثم امر الولي فقال
ما صنعت فقال لاني رايت ان قتله لا يرد احثي يبدلوا الى المال فقال
لعلم خوفوا انما اعطيناكم الامان ليكون دماؤكم كدمائنا واسوالكم
كما سألنا ولان من جاز ان يقتل قاتله اذا كان كافرا جاز ان يجزى القصاص
على المسلم بقتله كما لمسلم ولانه يحقون الدم على التابيد فجاز ان يجب

القصاص على المسلم بقتله كالمسلم وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا يقتل
 مؤمن بكافرا فإلما راد به الكافر الحربي لأنهم كانوا بعد الإسلام يقتلون
 من أسلم بقتلهم الكفار فقال صلى الله عليه وسلم لا يقتل مؤمن
 بكافرا قال كل دم كان في الجاهلية فهو تحت قدمي يدي علي
 ذلك أن المسلم يقتل بالكافر بالاتفاق إذا قتله وهو كافر ثم أسلم فكان
 حلالا للفظ على الكافر الحربي أولى لأنه سعى العموم ولأنه قال في الحر
 ولأدوا عهدي في عهدي والكافر الذي لا يقتل به المعاهد إنما هو الحربي
 قال ولا يقتل مسلم بكافر غير ذي و إن كان مستأمننا في دار الإسلام
 وله عهد وميثاق وذلك لأن المستأمن ليس يحقون الدم على التأييد
 وإنما حقن دمه موقت فلم يجز أن يقتل به من دمه يحقون على التأييد
 لعدم الشاوي في حقن الدم **فصل** قال واجمع أصحابنا
 على أنه لا يقتل والد بولد ولا أحد من قبل الرجال ولا من قبل النساء
 وإن علا بولد الولد وإن سفل ولا والدة بولدها ولا جلة من قبل
 الأم ولا من قبل الأب علت أو سفلت وقال مالك إذا حذف الأب
 الابن بالسيف فلا قود عليه وإن ذبحه فعليه القود لنا ما روي
 عن عمران بن أبي أسيد عليه وسلم قال لا يقاتل والد بولد ولأنه في
 حكم الجز منه والإنسان لا يثبت عليه قصاص بأجزائه ولأنه لو
 وجب عليه القصاص إذا قتله ذبحا وجب عليه القصاص إذا
 قتله حذفا كما لا جني وفرق مالك بينهما لأن الحذف يقصد به التأديب

ليس بصحيح لأن التأديب لا يكون بالسيف ولأن عندنا صرب الأب
 ابنه علي وجه التأديب بشرط السلامة قال ويقتل الولد بالوالد
 وذلك لأن الوالد ليس في حكم الجز من الولد فجاز أن يثبت القصاص
 على الولد به قال واجمع أصحابنا لا يقتل المولى بعبد وذلك لأن
 القصاص لو ثبت بقتل العبد لثبت للمولى لأنه المستحق لحقوقي عبده
 والمولى لا يجوز أن يثبت له قصاص على نفسه ولأنه ماله وإنلاف
 الإنسان لماله لا يكون مضمونا عليه والدم إذا لم يكن مضمونا لم يتعلق
 به قصاص قال ولا يقتل بعبد بمالك القاتل بعرضه وذلك لأن
 القصاص يسقط في نصيبه فيسقطه في باقيه كالدم إذا كان بين
 شريكين فغني أحدهما قال ونقصان الجوارح والمعا في لا يمنع التكافي
 في النفس وتفسير ذلك أن صحيا تسليم الجوارح غائلا لو قتل
 مريضا أو مغني عليه أو مبرسا أو مفلوجا أو أعمى أو معطوع الجوارح
 أو أشلها أو صديبا أو مجنونا أنه يقتل به وهذا كله لا يمنع التكافي
 في النفس وذلك لأن التكافي يعتبر في محل القصاص الروح فإذا
 تساوى في حقن الدم وجب القصاص وإن اختلفا في ثمن ذلك
 ولهذا لم يجز القصاص في الأطراف المختلفة لأن الشاوي في محل
 القصاص لم يوجد وقد دل على هذه الجملة قوله تعالى وكتبنا
 عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله تعالى الحربا الحر والعبد بالعبد
 ولم يفصل قال واجمع أصحابنا أن الجماعة تقتل بالواحد وإن كثروا ومن

الناس من قال لا تقتل الجماعة بالواحد لنا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا
كتب عليكم القصاص في القتلى وقال ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه
سلطانا وقال ولكم في القصاص حياة وفيه اجماع الصحابة روي ان
سبعة قتلوا واحدا نصفاً فقتلهم عمر بن الخطاب به وقال لوتالا
عليه اهل صنعا لقتلهم وهذا حفرة النبي صلى الله عليه وسلم
الصحابة من غير خلاف ولان القصاص في النفس يجب بازهاق النفس
وذلك معني لا يتبع بعض فيصبر كل واحد منهم كالمفرد باتلافها وليس
كذلك اذا اجمعوا على قطع يد لان القطع يتبع بعض فيصبر كل واحد
منهم متلفا لبعض اليد فلا يجب عليه القصاص **فصل**
ويقتل الواحد بقتل الجماعة ولا يلزم مع القود شي من المال وقال الشافعي
ان يقتل الواحد منهم وحده للباقين منهم المال وان اجتمعوا قتلهم وقسمت
الديات بينهم لنا ان القود اذا ثبت على الواحد الجماعة فاستوفى القود
سقط حق الباقين كالعبد اذا قتل الجماعة فقتل ولان خروج الروح
لا يتبع بعض فاذا قتل لهم صار كل واحد منهم كالمستوفى لجميع النفس
فلا يجب له مع ذلك ارش **فصل** قال واجمع اصحابنا انه
لا قصاص بين الارار وبين العبيد فيما دون النفس وذلك لان
وجوب القصاص في الاطراف يعتبر فيه التساوي في الارش
بدلالة ان الصحيح لا يقطع بالاشل ولا يقطع الطرف الكامل
الاصابع بالناقض الاصابع لا خلاف ارشها وارش طرف الحرة

والعبد مختلف فلا يجري بينهما قصاص وكذلك لا يجري بين العبد
والعبد فيما دون النفس لانهم ان اختلفوا فوجوب القصاص موقوف
على التساوي في الارش وان تساوت قيمتهم وكذلك يعلم من طريق
الحزر والظن فلا يثبت التساوي فلم يجب القصاص قال ولا قصاص
بين الذكور والانات فيما دون النفس وقال الشافعي يجري القصاص
بينهما لنا ان ارش اطرافهم مختلف فصاروا كاصحيح والاشل ولان
يد المرأة تصلح لنوع من المنافع لا يصلح ليد الرجل فصار كاليمنى
والشمال فان قتل هذا الذي ذكرتموه صحيح في المنع من قطع الصحيح
بالاشل والحرة العبد والذكر بالانثى فخلا حوزتم ان تقطع المراقبة للرجل
والعبد بالحركة يقطع الاشل بالصحيح قبل له النقص على ضربين نقص
من طريق المشاهدة فيمنع من استيفاء الكامل بالناقض ولا يمنع من
استيفاء الناقص بالكامل كالشل ويقصد من طريق الحكم فيمنع من
استيفاء كل واحد من الامرين بالآخر كاليسار واليمين وليس للمجنون
ولا للصبي عمد وهو خطأ وقال الشافعي عدا الصبي في ماله لما
روي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال عدا الصبي خطأ
وروي ان مجنونا عدي على رجل بسيف فقتله فقتضى على الدية
على عاقلته ولان الاحكام المختصة بالعد لا تتعلق بفعله قتل
القصاص والمائم فصار كالحظا وانما لم يتعلق بفعله قصاص لان
القصاص عقوبة والصبي لا يستحق العقوبة بفعله بدلالة

الحدود **باب صفة القضاة** قال ابو الحسن اجمع اصحابنا ان كل قتل
عبد بسلاح سيف او رمح او سهم او عمود حديد او سكين او ما اشبه
ذلك من سلاح الحديد فقيه القصاص وما يجري مجرى السلاح مما
يجرح كجرحه او طعن رجل رجل او رمح لاسنان فيه فاجافه فمات فعليه
القصاص وكذلك لو رماه بسهم ليس له فصل او شق بطنه بعود او
ذخه به او بقصبة ففي هذا كله القصاص قال الشيخ وجملة هذا
ان القتل اذا وقع بالمحدد من الآلة وما يجري مجراه في تقريب الاجزا
تعلق به القصاص حديد كانت الآلة او غير حديد وان شئت
قلت كل ما يقع به الزكاة اذا قتل به فقيه القصاص والاصل
في وجوب القصاص بالسلاح قوله صلى الله عليه وسلم لا تؤد الا باللسيف
وقوله صلى الله عليه وسلم كل شيء خطأ الا السيف واما المحدد
كاللطة والمدقة والرمح الذي لاسنان فيه فانه يفرق الاجزا
كالحديد وعلي هذا قالوا فممن احرق رجلا بالنار ان عليه القصاص
لان النار تنقطع الاجزا وتفرقها كتقريب الحديد واما اذا قتله
حديد لاحده مثل ان يضربه بعمود او سندان فقد ذكر في الاصل
ان فيه القصاص وذكر الطحاوي في الشروط الكثر انه لا قصاص فيه
ومن اصحابنا من قال ان الذي ذكره الطحاوي هو القياس وما في الاصل
استحسان وجه ما ذكره الطحاوي ان الحديد المشغل لا يجرح وانما

بغيره

يفسخ فهو كالجر ولا ان الحكمة لا تتعلق بالحديد لجنسه وانما يتعلق
لمعناه بدلالة ان التحديد اذا وجد في الجر تعلق به القصاص واذا
تعلق الحكم بالمعنى وذلك مما موجود في المشغل لم يجب القصاص وجه
ما ذكره في الاصل قوله صلى الله عليه وسلم لا تؤد الا بالحديد ولان الحديد
هو الجنس الموضوع للقتل وغيره يتبعه ولهذا قال الله تعالى وانزلنا
الحديد فيه باس شديد واذا كان هو الاصل استوي المحدد منه
وغيره وما سواه ملحق به فتعلق الحكم بالمعنى دون الجنس واما
القتل بالجر الكبير والعصى الكبيرة فلا قصاص فيه عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد اذا كان يقتل غالبا فقيه القصاص وقد
قدمناه قال فان القائمة المأفوق فلا قصاص عليه عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد اذا كان المأفوق يتخلص منه في الغالب ففيه
القصاص وجه قوله ابي حنيفة انه قتل بما ليس بسلاح ولا يجري
مجري السلاح في تقرير الاجزا ولان الغريق يهلك باجذاب الماء
بنفسه فصار مشاركا في قتل نفسه فلم يجب عليه من القاه قصاص
وجه قولها ان هذا لا يتخلص منه غالبا كالقتل بالنار والحديد
وليس كذلك اذا كان مما يتخلص منه لان ذلك لا يقصد به القتل
فصار كالعصى الصغيرة قالوا ان القاه من جبل او سطح على راسه
فلا قصاص فيه وهذا على ما قدمناه من الخلاف قال ابو حنيفة اذا
طعن على رجل طينا حتى مات جوعا او عطشا لم يضمن وقال عليه

الدية لا يحنيفة انه سبب لا يودي الى التلف وانما يموت بسبب اخر
وهو فقد الطعام فلم يبق الا اليد والحر لا يضمن باليد ولهما انه سبب
ادي الى التلف فصار كسقي السم **باب**
القصاص فيما دون النفس قال الله تعالى وكتبنا
عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين والوجه بالوجه
فقصاص فحكم تعالى فيما ذكره في الاية ان يؤخذ كل شيء بمثله والاصل
في وجوب القصاص فيما دون النفس هذه الاية وقوله صلى الله عليه
العهود وما روي ان ربيع عمه انشز بالاكسرت سن جارية فامر
رسول الله صلى الله عليه وسلم بكسر سنهما وقال انشز النصر انكسر
سن الربيع بسن جارية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا ب الله
القصاص فقال لا والذي بعثك بالحق لا يكسر سن الربيع فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم كذا ب الله القصاص فرضي القوم فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان الله عبيدوا لوائسموا عليه لا برقتهم منهم انشز
ابن النصر واذا ثبت وجوب القصاص فيما دون النفس فالمائلة معتبرة
فيه لانه اجري مجري الاموال بدلالة ان يكون عمدا محضا لا شبهة فيه
فلا يجب به قصاص مثل قطع اليد من الساعد واذا اجري مجري الاموال
اعتبر فيه المائلة ولا يتم انفقوا ان الصحيحة لا يؤخذ بالسلا ولا بالناس
الاصابع لعدم المائلة فيها قال واجمع المسلمون جميعا انه لا يوجد
العين اليمنى اليسرى ولا عين اليسرى اليمنى وكذلك اليدان والرجلان

لا يؤخذ

لا تؤخذ اليمنى اليسرى بل باليمنى ولا اليسرى اليسرى وكذلك اصابع
اليدين والرجلين يؤخذ ابهام اليمنى باهام اليمنى والسبابة بالسبابة
والوسطى بالوسطى والخنصر بالخنصر ولا يؤخذ شيء من الاعضاء الا بمثله
من القاطع وكذلك الاسنان الثنية بالثنية والثاب بالثاب والفرس
بالفرس لا يؤخذ اعلا باسفل ولا اسفل باعلا وكذلك الشجاج والجراحات
لا تقتصر فيما يجب القصاص فيه الا في موضع الشجة الجراحة من المشجوج
والمجروح فاذا كانت الشجة في الراس في مقدمة اقتصر من الشجاج في مقدم
راسه في ذلك الموضع من المقدم لا يتعدى الى غير القصاص فكذلك ان كانت في
وسطه او مؤخره او حامي الراس فعل مثل ذلك بالشاج راسه والاصل في ذلك
ان منافع هذه الاطراف مختلفة الاتري ان اليمنى تحالف في منفعتها اليسرى
والاصابع يحالف بعضها بعضا في الانتفاع والاسنان تحالف بعضها بعضا
الاتري ان الثنايا للتقطيع والاضراس للطحن فصار باختلاف منافعها
كالجنسين المختلفين والمتلف الجنس لا يستحق عليه مثله الا من جنسه
واما الشجاج فان تاثيرها السن الذي يحصل بها وذلك يختلف باختلاف
مواضع الراس فاذا شجه في مقدم راسه لم يجز ان يشجه في مؤخره لانه يستوفي
ما ليس بمثل لحقه ولهذا قالوا انه يستوفي على مساحة الشجة في طولها وعرضها
لان السنين تختلف بصغر الشجة وكبرها وقد ذكر اختلاف الرواية في القصاص
فيما دون الموضحة وقد قدمناه فاما الموضحة ففيها القصاص بالاتفاق لان المائلة
متكئة فيها الاتري انه ينتهي بالسكين الى العظم واما المنقلة والامثة

فقد قدمنا انه لا قضا ص فيها قال ولا قضا ص ايضا في عظم الاربعة
السن عند اصحابنا فانه اذا كسر بعضها او ترعتا اقتصر من الجاني
والاصل في هذا ما روي عن ابن مسعود انه قال لا قضا ص في عظم
الاربعة السن وعن عمر انه قال لا قضا ص في عظم فاما السن ففيها القضا
بداهة وخبر الربيع قال فان كان اسودت لما كسر بعضها او احمرت
او اخضرت او دخلها عيب بوجب فيما بقي منها حكومة ولا قضا ص
فيها عند اصحابنا جميعا وفيها الارش اذا اسود الباقي واخضر وذلك
لانه لا يمكن ان يضرب على وجه يسود الباقي او يسود نصفه فلو اقتصر
البعض وجب الارش في الباقي لتعلق بالجناية الواحدة في العضو الواحد
القضا ص والمال ولهذا لا يجوز لتنافيهما وفصل محمد بين هذا وبين من
قطع اصبع رجل فسلت اخري لاجنبها وذلك لان هذه جناية على جزء
من الجملة فاذا وجبت الجملة المال حكمهما لم يجز ان يجب فيها القضا ص
فاما الاصابع فكل واحدة منها غير تابعة للاخري ولا جزء منها فصارت
كالجنايتين المختلفتين قال ولا يؤخذ جراحة صحيحة لا عيب فيها ببعض
ارشها بجراحة معه بنقصها العيب الذي بها من عقلها فلا تؤخذ
جراحة صحيحة بسلا ولا بيد مقطوع منها اصبع ولا مفصل من اصبع
ولم يقطع ذلك منها وكذلك الاسنان والاصابع لا يؤخذ صحيح منها
بمعيب وهذا على ما قدمنا ان المائلة فيما دون النفس معتبر فلا
يجوز ان يستوفي ما يزيد ارشه على ارش المتلف قال وان كان العيب في جراحة

الجاني المجني فلا يجوز ان يستوفي ما يزيد ارشه على ارش المتلف قال وان
كان العيب في جراحة الجاني والمجني عليه صحيح لجراحة فالجاني عليه
بالخيار ان شا اقتصر وان شا اخذ ارش جراحته وذلك لان حقه ثبت في
عضو سليم مثل عضو فاذ لم يقدر الا على استيفاء المعيب صار
كمن اتلف على رجل ماله مثل فانقطع عن ايدي الناس ولم يبق منه الا ما
هو ناقص الصفة المتلف فصاحب الحق بالخيار ان شا اخذ الموجود وان
شا عدل الى القيمة لانه لم يقدر على استيفاء جنس حقه بكماله فكذلك هذا
وقد قال اصحابنا فيمن قطع يدا صحيحة ويده ناقصة الاصابع فاختر
المقطوع قطع اليد الناقصة فلا ارش له وقال الشافعي يقطعها وبأخذ
ارش الاصابع لنا ان حقه يثبت في مثل كامل فاذا استوفاه ناقص الصفة
فلم يكن له ان يطالب بالنقصان كما لمتلف في ماله مثل ولانه وضع السكين
في الموضع الذي وضعها فيه القاطع الا انها معينة وضار عينها بنقصان
الاصبع كعينها بالسلا وليس هذا كمن اتلف مكملا فوجد مثل بعضه
انه يستوفى الموجود وفيه الباقي لان حق المستحق معلق بالمتلف
وبكل جزء منه وفي مسيلتنا حق المقطوع في قطع الزند دون
الاصابع الا ترى انه لو قال انا اقطع الاصابع وابري من الكف لم يكن
له ذلك فدل على ان الاصبع ليست تنسحق حقه وانما هي صفة فيه في
كأجوده في المكمل والصحة في العضو **فصل** قال فان ذهب
لجراحة المعينة قبل ان تختار الجاني اخذها فقطعها قاطع فبطل

حق المجني عليه والكلام في هذا اولاً فمن قطع يداً صحيحة ويده صحيحة
فقطعت يده ودخل على وجهين ان قطع يده حق عليه مثل ان يقتص
منها او تقطع في سرقة فعليه ارش اليد المقطوعة وان تلفت يده
بغير حق عليه سقط حق صاحب القصاص مثل ان يقطعها رجل
ظلم او تلف بافة من السماء وقال الشافعي يجب الارش في الوجهين
لنا ان حق صاحب القصاص يتعلق باليد وبغيرها بدلالة انه
ليس له العدو ولا الى الارش مع القدرة فاذا هلك ما يتعلق حقه
سقط حقه كالعبد الجاني اذا قتل او مات فاما اذا قطعت يده
في قصاص فتدفعنيها حقاً عليه ومن قضا حقاً عليه بما يتعلق
به حق غيره كان مضموناً وكذلك الامام لما قضى عليه بالقطع في
السرقه فحكمه يتضمن نقل حق صاحب القصاص الى الارش الا
تري ان الامام لا يحكم باستقاط حق الناس ولا نها استوفيت حق
عليه فكانها استوفيت بالقصاص واذا ثبت هذا قلنا اذا كانت
يدا القاطع معينه فتلفت قبل ان يختار المقطوع المالحق حقه
كان متعلقاً بعينها وانما يثبت له حق العدو باختياره لا جل
العيب فاذا لم يجبر حتى تلفت فقد هلك ما يتعلق حقه به فصار
كالصحيحة اذا تلفت ولا يقال انه كان بخير بين امرين اذا فات
احدهما نقض الآخر لان حقه لم يثبت الا في اليد وكان له ان يعدل
هذا الحق ليبدله فاذا هلك لم يخير المطالبه بالبدل عنه مع تلفه

قال

قال ذلك محمد ابان جراحة من مفصل فقيه القصاص وذلك لان المائلة
ممكنة لا تزي انه يضع السكين في المفصل سينتوي مثل ما استوفي
القاطع قال وما كان من غير المفصل فلا قصاص فيه وذلك لانه
لا يمكن استيفا المائلة فيه لانه ليس هنا له حد ينتهي بالقطع
اليه قال وسواء كانت الجناية فيها دون النفس سلاح او بغير ذلك
فقيه التفصيل وهذا على ما قدمنا ان ما دون النفس لا يثبت فيه
مشبه عمد وانما هو عمد وخطا **فصل** قال ولو قطع اصبعاً
من يد رجل فسلت الكف والقطع عمد فلا قصاص في الاصبع وفي اليد
دية اليد في قول اصحابنا جميعاً وكذلك ان قطع مفصلاً من اصبع
فسل ما بقي منها او سل الكف قال الشيخ وجملة هذا ان الجناية
اذا وقعت على جزء فسرت الى جملة او وقعت على ما هو تبع فسرت
الي متبوع فلا قصاص فيهما في قولهم جميعاً وهذا كمن قطع اصبعاً
فسلت الكف وذلك لان السراية يثبت من الجزء الى الجملة والقطع
والسراية كالجناية الواحدة بدلالة انه اذا كان عمداً كانت السراية
عمداً واذا كان خطا كانت خطا وقد تعلق بسراية هذا القطع
المال فلم يجز ان يتعلق به القصاص لان الجناية الواحدة لا يجوز
ان توجب الامر من قال فان قطع اصبعاً فسلت اخرى لا جنبها
فانها با حنيفة قال لا قصاص في شيء من ذلك وعليه دية الاصبعين
وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن يقتص من الاولى وفي الثانية

ارشها قال الشيخ جملة هذا ان القطع اذا حصل في عضو فشري بالعضو
 اخر والثاني مما لا فضا ص فيه فلا فضا ص في الاول عند اني حنيفة
 والوجه في ذلك ان الجناية وما الت اليه في حكم الجناية الواحد بدلالة
 ما قدمنا فاذا ثبت حكمها المالم يتعلق بها القضا ص لثنا فيها
 ولا يلزم علي هذا اذا قطع اصبعاً بعد افتقدت السكين الى اخري
 خطأ لانها جنايتان فلا يكون تلف الثانية سرية الاولى ولا يلزم
 من رمي الى رجل فتقد السهم الى اخر لم يسقط القضا ص عن الاول
 فكذلك هذا **فصل** وقال في الجامع الصغير في رجل
 شج رجلاً موضحة متعدياً فذهب منها بصره انه لا فضا ص في الموضحة
 في قول اني حنيفة وفيها وفي البصر الارش وقال ابو يوسف ومحمد
 في الموضحة القضا ص وفي البصر الدية هذه رواية للجامع الصغير
 عن محمد وروي بن سماعه في نوادره ان فيها القضا ص جميعاً وجه
 قولهم المشهور ان العين لم تذهب بالسراية لان السراية انما تكون
 من جزر الى جملة فاما من جزء الى جزء فلا وانما تلف البصر بسبب
 الشجة وما تلف بسبب لا فضا ص فيه كما تلف بحفر البئر ووضع
 الحجر وهو قول محمد ان الجناية وقعت على وجه العمد فما تولد منها عمد
 كالوسر ت الى النفس والقضا ص ممكن قياساً الى فوجب فيه القضا
 وليس كذلك اذا شلت الاخرى لان القضا لا يمكن فيها فنقله بالاولي وجب
 في الثانية الارش قال محمد ولو ذهبت عيناه ولسانه وجماعه فعليه

في الموضحة والعين القضا ص فاما اللسان والجماع فلا يقدر فيه علي
 القضا ص فعليه الدية في ماله وهذا ظاهر علي اصل محمد الذي رواه
 ابن سماعه لان ما يولد من الجراحة العمد اذا كان يمكن فيه القضا ص
 اقتصر منه واذا لم يمكن اقتصر من الاول والعين يمكن فيها القضا ص
 واللسان والجماع لا فضا ص فيه فوجب فيه الارش فيكون في ماله
 لانه عمد محض لا شبهه فيه وانما يقدر القضا ص مضار مما يجب
 بعفو احد الوليين قال فاذا زالت الضربة الى النفس فكانت حديد
 او خشبته تقع موقع السلاح فقيه القضا ص وهذا قولهم لان السراية
 تثبت في الجزر الى الجملة فكان الجناية اتلف النفس ابتداء وان كانت الضربة
 بشي لا يقع موقع السلاح فقيه الدية علي العاقلة لان السراية تتبع
 الجناية فاذا وقعت للجناية على وجه لا يجوز ان يتعلق به فضا ص كان
 كذلك سرايتها قال محمد وذهب عييه من الموضحة بمنزله قطعه
 اصبعه فسقطت يده من المفصل فهي جناية واحدة اقتصر
 من الكف كانه قطع الكف قال وكذلك ان ضربه فقطع السبابة
 فسقطت الوسطي فقطعها جميعاً ولو قطع مفصلاً من السبابة
 فسقطت الوسطي من الضربة فقطعت الوسطي والمفصل من
 السبابة وهذا علي الرواية التي رواها ابن سماعه عنه ان السراية
 اذا امكن فيها القضا ص وجب القضا ص في الامر بن قال وانما اقول
 ذلك في الشيين المتباينين مثل الاصبع والاصبع والموضحة

والعينين فاما اصبع فاما اصبع واحد وشئ اخر فلا وهذا انما يريد به
ان الاصبع اذا قطعت لثقلت اخري وجبا الفضا ص في الاولى لانها
في حكم الجنائتين وان قطع مفصلا فثقل معه الاصبع فلا فضا ص
لانها جنابة واحدة قال محمد وان قال انا اقطع المفصل وانزل
ما يبس فليس له ذلك الا ترى انه لو شجحه منقلة فقال انا اشجحه
موضحة ولا اريد ان ازيد ما زاد لم يكن له ذلك وهذا صحيح لان هذه
الجنابة وقعت غير موجبة للفضا ص فلم يكن له الاقتصار علي
بعضها ليستوفي ما لم يثبت له حق فيه قال محمد وكذلك السن
تكسر فاسود ما بقي فطلب ان يكسر الذي كسر ولا يريد الارش
فيما بقي فليس في شئ من ذلك فضا ص لان الجنابة تسقط الفضا ص
فيها بوجوب الارش في الاسوداد فلم يكن له المطالبة بالفضا ص
فيها لا فضا ص فيه قال واذا كسر بعض السن فسقطت بقيتها
الفضا ص وذلك بمنزلة قطع اصبع من اصابع يده فسقطت يده
وفيه الفضا ص دون الاصابع لانها جنابة واحدة وهذا على اصل
محمد واما على الرواية المشهورة فلا فضا ص في شئ من ذلك وقال محمد
اذا ضربه بعصا فامسحت ثم عاد فضربه اخري لجنبتها ثم تاكلتا
حتى صارتا واحدة فهما موضعان يقتضيه منه وذلك لان الفضا ص
تغلق بكل واحدة من الموضعين وما تاكل بينهما يكن فيه الفضا ص
ومن اصل محمد ان الجراحة التي فيها الفضا ص اذا تولدت منها ما يمكن

١٧٧
فيه الفضا ص اقتض منها كما لو آلت الي النفس فاما على الرواية المشهورة
فلا فضا ص في الموضعين وذلك لان ما تاكل فيها بينهما تلف بسبب
الجراحة وقد بينا ان التلف بالسبب لا يتعلق به الفضا ص فاما
على قول محمد فان الجراحة اذا تلفت بهما ما يمكن الفضا ص فيه يثبت الفضا ص
فيها كمن قطع اصبعين فسقطت اخري وقال بشر عن ابي يوسف
في رجل قطع اصبع رجل من مفصل عدا فسقطت الكف من المفصل
فان ابا حنيفة قال لا فضا ص في ذلك وفيه دية الكف من قبل
ان القطع والجنابة انما كانت في الاصبع فما حدث منها في بقية الكف
فليس ذلك بالضربه بعينها ولا بالجرح بعينه قال ابو يوسف اقتض
منه لان هذا من ذلك اما على قول ابي حنيفة فقد بينا ان ما تلف
بسبب الجراحة مجري مجري التلف بالاسباب لان السراية لا تكون
الا فيما دون النفس الا ترى ان السراية هي ايضا لا لام من الجراحة
الي القلب فيؤدي الي التلف ويستحيل ان يتصل الالم بالعضو
فتلف الكف واذا لم يكن ذلك سراية لم يجب فيها الفضا ص فاما
ابو يوسف فقال ان الاصبع جزء من الكف والسراية يكون
من الجزا الى الجملة كما يكون الي النفس وليس هذا عنده كمن قطع
اصبعين فسقطت اخري لجنبتها لانها عضوان ليس احدهما
جزا للآخر فلا تثبت السراية منه اليه لذلك قال ان الفضا ص
في الاولى دون الثانية قال ولو ان رجلا ضرب سن رجل عدا فكسر

منها طائفة وحرك ما بقي فان ابا حنيفة قال بوجوب حولا فان سقطت واسودت
 ثم عقلها وكان فيها الارش وقال ابو يوسف ان سقطت ففيها القصاص وان
 لم تسقط واسودت ففيها العقل ولا قصاص هذا كما صبح قطعت فشلت
 الكفا ما الاستيفاء في كسر السن فعلي اصلنا ان الجنايات فيما دون النفس يستأجر
 فيها حتى يعلم ما يؤول اليه وقد دل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم يستأجرنا
 بالجراح حتى يبرأ فاذا اسودت فلا قصاص في قولهم لان التالف جز من
 الجملة فاذا اسودت ما فيها فهي كما لو قطع اصبعاً فشلت الكف وقد بينا ذلك
 من قولهم واما اذا سقطت السن فعندنا في حنيفة لا قصاص لانهم لم يثقفوا السرقة
 الا ترى ان السرقة لا تكون في جز وانما يعفي ما بقي من السن بسبب الكسر وما تالف
 بالسبب لا قصاص فيه فاما على قول محمد وابي يوسف فالتالف بالجناية اذا
 كان مما يجب فيه القصاص اقتصر منه كما لو سري في النفس **فصل**
 قال بشر عن ابي يوسف لا قصاص في بعض اللسان حتى يقطع كله وذكر
 في الاصل ان اللسان لا يقتصر منه وجه ما في الاصل ان القصاص في اللسان
 يختلف باختلاف الداء الا ترى انه يجمع ويبسط فلا يمكن استيفاء المماثلة فيه
 فسقط القصاص وقد قالوا جميعاً لو قطع بعض اللسان لم يقتصر منه لانه
 ليس هناك مفصل يقع فيه القصاص فلا يعلم بالمماثلة وجه قول ابي يوسف
 انه اذا قطعه من اصله امكنت المماثلة لانه يقطع من اصله فاذا قطع
 بعضه لم يكن فيه المماثلة فلم يجب القصاص قال فان قطع المارن وفيه القصاص
 وان قطع نصف قضبة الاثف لم يكن فيه قصاص لانه اذا قطع المارن امكن

استيفاء المماثلة لانه يضع السكين على ما لان من الاثف فاما اذا قطع بعض
 القضية فهو عظم وقد بينا ان العظم لا قصاص فيه قال وان قطع الحشفة
 ففيها القصاص وان قطع بعضها فلا قصاص لانه اذا قطع الحشفة فهناك
 حديق في القصاص فصار كقطع بعض اللسان فاما اذا قطع الذكر من
 اصله فقد ذكر في الاصل انه لا قصاص لانه ينقبض ويبسط فلا يمكن استيفاء
 المماثلة فيه وابي يوسف يقول اذا استوفى بالقطع امكنه المماثلة وكذلك
 الشفة ان استقصاها بالقطع ففيها القصاص وان قطع بعضها
 فلا قصاص لانه اذا استوفى فاما امكنه بالمماثلة وان قطع بعضها
 فليس هناك حد للقطع قال فاما الاذن فما قطع منها ففيها القصاص
 اذا كان يستطاع ويعرف وان قطعت كلها ففيها القصاص وذلك
 لانه اذا قطع جميعها امكنت المماثلة لانه لا تنقبض ولا تبسط
 فان قطع بعضها وللقطع حد يعرف امكنت المماثلة وان لم يكن
 فسقطت القصاص **فصل** قال ولا قصاص في العين
 اذا قورت او فسخت وانما فيها القصاص اذا كانت قائمة وذهب
 ضوها اما اذا ذهب ضوها فالقصاص ممكن لانه يجعل على وجه
 القطن المبلول ويحكي المر او يقرب من عينه حتى يذهب ضوها وروي
 ان علي بن ابي طالب رضي الله عنه حكم بذلك بحضرة الصحابة من غير
 خلاف لان هذا حديث في زمن عثمان فسال عنه الصحابة فلم يكن عندهم
 فيه شيء حتى جاء علي فقصي بذلك وعمل عليه عثمان فاذا قورت او فسخت فتعذر

المائلة الا ترى اننا لو قورناها لم يكن هناك حدا لاستيفاء المائلة فان
اذ هبنا ضوها فلم يفعل ما فعله الجاني فيها فصار كمن قطع اليد
من نصف الساعة لا يجوز ان يقطع يد من الزند وذكر ابن ساعه
عن محمد انه لا قصاص في اللسان ولا في الذكر اذا قطع نصفه
او اصله وقد بينا ذلك قال والاذنان قطعها ففيها القصاص
ولذلك ان كان قطع بعضها معروفا قال ابو الحسن اجمع اصحابنا
على ان في الحشفة والمادر القصاص وقال ابو يوسف الذكر
والانف واللسان اذا استوعب كل واحد منهما ان فيهما
القصاص وقال محمد لا قصاص في الذكر والانف واللسان
وان استوعب شي من ذلك وقد بينا هذا فاما قول ابو يوسف
انه اذا قطع الانف كله وجبا القصاص فانما يريد المارن فاما
قضية الانف فهي عظم وقد اجمعوا انه لا قصاص في العظم
فصل وقال الحسن قال ابو حنيفة لو ان رجلا حزر راس رجل
او حلق راسه او حجب به او شارب به او حخته فنبت شي من ذلك
او لم ينبت فلا قصاص فيه لانا لا نعلم انا اذا صنعنا مثل ما
صنع لم ينبت الشعر فاذا تعذرت المائلة سقط القصاص قال
وقال ابو حنيفة لو ان رجلا قطع كف رجل من المفصل او من المرفق
من المفصل اقتصر منه وكذلك لو قطع يد رجل من مفصل المرفق
اقتصر منه وكذلك لو قطع رجل رجل من مفصل القدم او من مفصل

١٧٩
الركبة اقتصر منه وكذلك لو قطع رجل رجل من مفصل الورك وذلك
لان هذا القطع لو حد بقطع السكين في مثله فتحصل المائلة فوجب
القصاص قال ولو قطع بضعة من لحم فخذ رجل او من عضلة ساقه
او من لحم عضله او ساعده او ابنته لم يكن في ذلك قصاص وفيه
حكمة لانه لا يمكن فيه المائلة وليس له ارش يتقدر قال وان
قطع الذكر من اصله ففيه القصاص وهذه الرواية من الحسن
تخالف رواية محمد فهي مثل قول ابو يوسف وقال وليس في اللثة
ولا في اللكنة ولا في الوجاة ولا في الدفعة ولا في دقة قصاص لان
هذا الم لا حرج فيه فحل محل الالم فالكلام قال وليس في لحم الخدين
ولا في لحم الظهر ولا في البطن اذا قطع بعضه قصاص لما قدمنا
وكذلك الدقن لانه عظم ولا في جلدة الراس ولا في جلده من البدن
اذا قطعت قصاص لانه لا يمكن استيفاء المائلة **فصل**
فان قطع مفصلا من اصبع رجل السبابة ثم قطع بعد ذلك
مفصلا منها فعليه القصاص في المفصل الاول وليس
عليه قصاص في المفصل الثاني وعليه فيه الارش وكذلك لو
قطع اصبع رجل من اصلها ثم قطع الكف التي منها الا اصبع
كان في الاصبع القصاص ولم يقتصر منه في الكف وكان عليه
الارش في الكف نافضة اصبعها وكذلك لو قطع يد رجل وهي
صحيحة ثم قطع ساعده من المرفق من اليد التي فيها الكف كانت

عليه في البدا القصاص وكان عليه في الساعد ارش حكومة وما يقتض
من ساعد وهذا كله قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف وبه نأخذ قال
ابو الحسن لم يذكر الحسن ان الجناية الكائنة كانت قبل البر او بعد قال
ابو يوسف ومحمد اذا كانت الساتة بعد رد الاولي فيها جنايتان مفترقتا
واذا كانت قبل البر فهي جناية واحدة لانه قطعها جميعا ذكر قولها
في الزيادات وقال ابن سماعة وعلي من ابي يوسف كل جراحة وجناية يكون
من رجل في مقام واحد ومقامين غير ان الاخرة من ذلك كانت قبل
بر او الاولي فمات المجرع من ذلك او من بعضه او من الاولي او من الاخرة
وذلك خطأ فان دية ذلك دية واحدة دية النفس وان كان ذلك
عدا فان فيه القصاص في النفس وجه قول ابي حنيفة انه لما قطع
المفصل الاول صار الثاني ناقضا فقد قطعه وهو ناقض عن
مفصل القاطع الا ترى ان استحقاق القصاص في طرف الجاني ليس
بعيب بدلالة ان قاطعا اخر لو قطعه وجب عليه القصاص ان
كان عاندا وكما لا ارش ان كان ذلك محضا واذا لم يوجب ذلك نقصا
في طرفه لم يجب عليه قصاص في عضو كامل يقطع عضو ناقص وجه
قولها ان الجنايتين اذا كانتا قبل البر فكانتا وقعا بضرية واحدة
بدلالة ان من قطع يد رجل خطأ ثم قتله وجب عليه دية واحدة
فكانه قطع المفصلين معا واما اذا بر القاطع الاول فقد استقرت
الجناية وثبت حكمها وحصل القاطع الثاني مع اختلاف المفصلين

فلا يجب القصاص قال وكل جراحة عمد برائت وكان الموت من غيرها
وللامام ان يقصر من ذلك المفصل اذا طلب لو ارث ذلك ثم النفس
وان شأ اقتصر من النفس ونزل المفصل لانها تلغا جنايتين مستقر
حكمها فاذا اقتصر بها فقد حصلت المماثلة وان شأ اقتصر على النفس
لان ما دونها يتلف بتلفها قال ولو كانت الجنايات من رجلين فمات
من جناية احدهما دون الاخر كان هذا مخالفا لذلك ان كان ذلك
كله خطأ فعلى صاحب النفس دية النفس وعلى صاحب الجراحة فيما
دون النفس ارش ذلك وان كان عدا على صاحب النفس القصاص في
النفس وعلى صاحب الجناية ضمهادونها القصاص في ذلك ان كان
يستطاع وان لم يستطع فالارش قال ابو يوسف والرجل الواحد
في هذا كالاثنين وذلك لان جناية الاثنين تختلف حكمها فصارت
كالجنايتين من الحق فلا يثبت فيها التداخل وجناية الواحد جنس
واحدة تفاقم حكمها فاذا لم يستقر الاولي فكانت لتلف بجناية واحدة
فاما اذا استقرت الاولي بالبر فحكم جناية الواحد والاثنين سواء لانه
لم يقف حكم الاولي على الثانية فصار جناية الواحد التي لا يقف على غيره
واما اذا جني الواحد جناية خطأ ثم جنى قبل البر جناية عمد او الاولي عمد
والثانية خطأ فمضى عليه بالنفس ان كانت هي العمد بالقصاص
وان كانت هي الخطا بالارش ويقضى عليه بالجراحة ان كانت هي الخطا
بالارش وان كانت هي العمد بالقصاص وذلك لان العمد والخطا حكمها

مختلف فلم يقع التداخل بينهما كالحقوق المختلفة فاستوي فيها
استقرار الجراحه الاولى وعدم استقرارها قال واذا تعدد الرجل
ضرب موضع من جسد الانسان فاخطا ووقع من غير الموضع
الذي عمل به بالضربة فمات فعليه القصاص وذلك لان القصاص
يتعلق باعتداء الضرب فلا فرق ان تقع الضربة في الموضع الذي
اعتده او من غيره اذ كان الضرب في الموضعين جميعا يوجب حكما
واحدا **باب الجراح الناقصة**
قال ابن سماعيل عن محمد بن نوادره قال ابو حنيفة كل شيء فيه ارش
فان كان ضعيفا بعد ان لا يكون يابسا فقطعه رجل فان فيه القصاص
بمنزلة اصبع فقد ذهب منها المفصل الاول فان قطع رجل
المفصل الثاني فان عليه تلك الالف لا ينقص ذلك شيء وان كانت
الاصبع ضعيفة ليست بيا بسة بمنزلة يد ضعيفة بيد
شديدة ولو كان ذلك القاطع قد ذهب المفصل الاعلى من
اصبعه ايضا وهي اصبع واحدة كان للمجني عليه القصاص في
اصبع الجاني وذلك لان المفصل اذا لم ينقص ارشه بالجناية ثم
يعيد بضعفه وصار كالناقص في اصل الخلقة ان المفصل القوي
يقطعه به تبيّن ذلك ان اليد اذا حرت فضعفت بالجراحة
فلم يرفعها تام والقصاص واجب علي من قطعها وان كانت
يد قوية وكانه قطع يدا ضعيفة في الخلقة ان يده تقطع وان

كانت قوية قال وكل شيء منها ليس فيه ارش معلوم وانما فيه حكم
قطع رجل ذلك من رجل والقاطع علي مثل حاله فلا قصاص فيه
وهذا كمن قطعت يده اليمنى من الزند فقطع ساعدا قطع من
المرفق فلا قصاص علي القاطع في ساعده قال ابو يوسف انظر
في هذا فان كانا سوا اقتضت منه وان لم يكونا سوا لم اقتصر
وقال بشر بن نوادره عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في يد فيها
اصبع زايد قطع رجل الكف عدا وفي يد القاطع زايدة مثل ذلك
قال ابو حنيفة لا قصاص وفيها حكمه عدل وكذلك اقطع
قطع احدهما ساعدا الاخر وقال ابو يوسف ان كانا سوا اقتضت
في الوجهين وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان قطع الكف يوجب
وهن الساعد وضعيفة وليس له ارش مقدار فلا تعلم المماثلة
بين الساعدين الا بالحزر والظن وذلك لا يوجب القصاص فاما
الكفا التي فيها اصبع زايدة فذلك نقص فيها وعيب وهو نقص
يعلم بالحزر والظن فيمنع ذلك من جريان القصاص وليس هذا
كالمفصل الاوسط من الاصبع لان وهنه بالقطع لم يوجب
نقصان ارشه فلم يمنع من وجوب القصاص فيه وجه قول ابي
يوسف ان المماثلة في القطع ممكنة من المفصل فاذا كانا سوا
في القوة صار كالعضوين الصحيحين قال ومن قطع اصبع ازيد
وفي يده مثله فلا قصاص عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف

وذلك لان الاصبغ الزايدة تجري مجرى التلول والسلعة ومعلوم
ان من قطع ذلك لم يجب عليه قصاص فكذلك هذا ولذلك روي
الحسن عن ابي حنيفة والافطع بن الاشليين انه لا قصاص لكنهما
كانت بيد الذي قطعت يده اقلها شللا او اكثر اوها سوا وهو قول
ابي يوسف وقال زفران كاسوا فقيهما القصاص وان كانت المقطوعة
يده اقلها شللا لا كان بالخيار ان شاقطع يدا القاطع وهي نقصها
قطع وان شا ان يصمنه ارش يده شللا وان كانت يدا المقطوعة
يده اكثر شللا فلا قصاص وله ارش يده وهذا قد بيناه في الاقطعين
فاما الاشليين فالنقص في يديهما او جبا اختلاف ارشها فصارتا سببا
وقد ذكر الحسن قول ابي يوسف مع ابي حنيفة فيحصل عنه روايتان
وذكر قوله زفران في الرواية الاولى عن ابي يوسف قال وكذلك روي
الحسن عن ابي حنيفة في مقطوع الابهام من يده اليمنى او اصابها
كلها قطع يمين رجل وهو مقطوع الابهام من يده او مفصل من ابهام
لم يكن بينهما قصاص في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال زفران نظر
في ذلك على ما تقدم هذا على ما بينا لان قطع الابهام يوهن الكف
ويسقط تقدير ارشها قال ابو الحسن ولو قطع اشل صحيحا او شل
القاطع بعد القطع فالمجني عليه بالخيار ان شاقطع يده لاشل
ولا شيء له غير ذلك وان شاترك واخذ دية يده صحيحة اذا كانت
شللا قبل القطع وان شلت بعد القطع فان شاقطع وان شاترك

ولا شيء له غير القصاص وذلك لان الاشلي اذا قطع الصحيح فان المقطوع
لا يقدر على استيفاء حقه من جنسه بكما له لان حقه في يد صحيحة
فكان بالخيار بين اخذ المثل مع العيب او الانتقال الى العوض كالمثل
فاما اذا كانت يدا القاطع صحيحة فكان بالخيار بين اخذ المثل مع العيب
او الانتقال الى العوض كالمثل فاما اذا كانت يدا القاطع صحيحة
ثم شلت بعد القطع فلا حق للمقطوع في الارش لان حقه ثبت
ابتداء من غير خيار فلو ذهب اليه بافة من السما فسقط حقه ولم
ينتقل الارش فكذلك اذا نقصت بافة من السما قال فان قطعت
يدا القاطع بغير حق بطل حق الاول وان قطعت في قصاص او سرق
ضمن دية المقطوعة يده وهذا على ما بينا ان اليد التي تغلق بها القصاص
اذا ذهبت بغير حق سقط القصاص وان ذهبت بحق انتقل الحق
الي الارش لا ترى انه اسقط بها حقا عن نفسه وهو القصاص
وصمان المسروق فكانت قضى دية مما تعلق به حق غيره وعن ابي
يوسف فيمن خفعا عين احول لا قصاص عليه لان الحول نقص
في العين والمماثلة معتبرة فيما دون النفس **باب**
الجناية من الرجل على الرجلين فيما دون النفس
قال واذا قطع الرجل يمين رجلين فان لها ان يقطعها يده بايديهما
وياخذ منه دية يده بينهما نصفين وقال الشافعي يده للاول
والثاني الارش لنا ان حق كل واحد منهما يثبت في اليد باسباب

متساوية فلم تقدم احدهما على الآخر كالشفيعين ولا يقال ان حق الاول
تعلق بالاول فاذا قطع الثانية لم يتعلق حق الثاني بما تعلق به حق
الغير وصار كما لو رهن ان حق الغرماء لا يتعلق به وذلك لان تعلق القضا
باليد يثبت حكما بغير تعلق قبضير كما لا يثبت في الصحة او في المرض
انما يتعلقان بالمال على وجه واحد وان تقدم احدهما للآخر وانما
يقضى لهما دية لان ما دون النفس يعتبر فيه الماثلة وهو ما يتبع
بالانلاف فكل واحد منهما انما استوفى بعد اليد وصار القاطع قاضيا
بعضها حقا عليه فضمنه في حق الآخر وليس هذا كما لو رجل يقتل رجلين
فيقتل اولهما انه لادية لهما لان النفس لا يعتبر فيها الماثلة ولان
انلاف الروح لا يتبع لوجه قبضير كل واحد منهما كما المستوفى لجمعه
ولانه لما سلم يده لهما فقد قضى بعض دين كل واحد منهما بما تعلق به
حق الآخر فصار مضمونا عليه وهو من اهل الضمان المبتدأ بعد القطع
فلذلك لزمه الضمان فاما القتل فاذا سلم نفسه اليهما فقد قضى حق كل واحد
منهما بما تعلق به حق الآخر الا انه ممن لا يلزمه الضمان المبتدأ في ذلك الحال لان
المست لا يبتدأ بضمان لم يكن فكذلك لم يلزمه ضمان فاد ولهما حصروا الاخر غائب
فله ان يقتصر ولا ينتظر الغائب ويكون الاخر دية يده وذلك لان حق كل
واحد منهما يثبت في جميع اليد وانما سقط حقه عن بعضها بالمراحة فاذا
غاب الآخر فلا مراحة للمحاضر فلا يجوز ان يسقط حقه من القصاص
لحق الغائب ويجوز ان يحضر فيطالب ويجوز ان يبري وعلى هذا قالوا

في الشفيعين اذا حضر احدهما فضى له بالجميع لانه لا مراحة له في الحال
فلا يجوز ان يسقط حقه عن بعض الشفعة لحق الغائب ويجوز ان
يحضر فيطالب ويجوز ان يحضر ولا يطالب واما قوله ان للآخر
دية يده ولان القاضي بطل حقه وكان للآخر القصاص وذلك لان حق
كل واحد منهما يثبت في جميع اليد وانما ينقص بالمراحة فاذا زالت بالعفو
بقي حق الآخر كما له كالغريمين والشفيعين قال وكذلك لو عدا احدهما على
الآخر القاطع فقطع يده فقد استوفى القصاص وللآخر الدية وذلك
لانه استوفى ما تعلق حقه به ولا يمكن فسخ الاستيفاء ما تنقل حق الآخر
الي الدية واما اذا قضى القاضي بالقصاص في الذي بينهما نصفين ثم عفا
احدهما بطل القصاص وجه قولها ان القاضي اذا قضى بالقصاص بينهما
فلم يسقط حق كل واحد منهما عن القصاص لاستحالة ان يقدم اسقاط
الحق قبل سلامة البدل واذا لم يسقط حق كل واحد منهما صار عفو الآخر
بعد القضا كعفو قبله وعلى هذا قال ابو حنيفة وابي يوسف ان
حكم الحد موقوف بعد القضا على الاستيفاء حتى لو رجع شاهد صار
كرجوعه قبله في وجوب الحد على الثاني وجه قول محمد ان القاضي لما
قضى لهما بالدية فقد ملكها ذلك ونقل حدها الي المعوض فيستحيل
ان يبقى في المعوض فصار مسقطا الحق لكل واحد منهما على نصف اليد ولا
يثبت القصاص بعد العفو واستشهد محمد بالشفيعين اذا قضى
بالشفعة بينهما ثم اسقط احدهما حقه لم يكن للآخر الا النصف ولو

اسقط حقه قبل القضا مرتبت حق الاخر من الجميع وكذا المدعيين لشرا
عين من واحد اذا اقاما البينة فقضي القاضي بها بينهما فاختر احدهما
البديل لم يكن للاخر الا النصف ولو اختر قبل القضا كان للاخر للجميع
واما اذا قضي القاضي بالدية بينهما فقبضاهما ثم عفي احدهما لم يكن
للاخر القضا صلاهما لما قبضا البديل ثم ملكهما فيه فاستحال ان يقي
في البديل نصار حق كل واحد منهما عن نصف البديل فاذا عفي لم يكن للاخر
القضا صر وكذلك لو اخذ بالدية وهذا لان الرهن كان الدين فيه الا ترى
انه اذا هلك سقط الدين وصار قبضهما للرهن كقبضها للدين واما اذا
اخذ بالدية كفلا ثم عفي احدهما فلا يخر القضا صر وذلك لان الكفالة
لم تجري مجرى الاستيفاء وانما هو بوثوق بالدية فصارت الحق في الدية
الثانية كثبوته في **الاولى فصل** قال واذا قطع رجل اصبع رجل
من مفصل ثم قطع يداخري وبدا باليد ثم قطع الاصبع وذلك كله في
اليمن ثم اجتمعا فانه يقطع اصبعه باصبع هذا ثم يخير صاحب اليد فان
شا قطع ما يبغي وان شا اخذ بدل اليد من مال القاطع وذلك لان حق صاحب
اليد تعلق باليد وحق الاخر تعلق بالاصبع فلو بدا القاضي بالقضا صر في
اليد سقط حق صاحب الاصبع ولو بدا بالاصبع لم يسقط حق الاخر لانه
يتمكن من القضا صر في بعض حقه فكان سبه حق احدهما واستيفاء حق
الاخر اولى من استيفاء احدهما واستقاط الاخر ثم قد صارت الكف
معينة بقطع الاصبع فكان الاخر بالخيار على ما قدمنا قال وان جأ

صاحب اليد قبل صاحب الاصبع قطعت له اليد فان جأ صاحب
الاصبع بعد ذلك اخذ الارش لان حق صاحب اليد ثابت فلا يجوز
ان يبوخذ حق الغائب ويجوز ان تخضر فيطالب ويجوز ان لا يطالب
قال ولو قطع اصبع رجل من مفصل ثم قطع ^{اصبع} اخر من مفصلين
ثم قطع اصبع اخر كلها وذلك كله في اصبع واحدة ثم اجمعوا جميعا
قطع منه المفصل الاعلى لصاحب الاعلى ثم حكر لصاحب
المفصلين فان شا قطع له الاول بحقه كله وان شا اخذ ثلثي دية
اصبع من ماله ثم يخير صاحب الاصبع فان شا اخذنا بقي باصبعه
وان اخذ دية اصبعه من مال الذي قطعها وهذا على ما قدمنا ان
حق كل واحد منهم يثبت في مثل ما قطع منه فوجب ان يبتدي القاضي
بما لا يسقط حق بعضهم ثم يخير الباقيين للعيب الحادث بالطرف قال
ولو قطع من رجل يمينه ومن الاخر يساره قطعت يمينه لصاحب اليمين
ويساره لصاحب اليسار لقوله تعالى من اعتدي عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدي عليكم وقوله تعالى والجروح قصاص ولانه يمكن استيفاء
المماثلة لها ولا يقال ان القاطع لم يبطل جنس منفعة احدها فلا يجوز
ان يبطل جنس منفعته لان القضا صر يجوز ان يبطل به المنافع وانما
يجوز ذلك في السرقة قال ولو قطع كف رجل من مفصل ثم قطع يداخري
من المرفق ثم اجتمعا فان الكف يقطع لصاحب الكف ثم يخير صاحب
المرفق فان شا قطع ما بقي بحقه كله وان شا اخذ الارش ولا اباي بايهما

بدا وهذا على ما قد سماه قاله اذا شج الرجل الرجل شجرة موضحة فاخذت ما بين
قري المشجوج وهي لا تأخذ ما بين قري الشاج فان المشجوج مخير فان شكا
اقتصر له فبدا من اي الجانبين شاحتي بلغ مقدارها في طولها الى جلب
يبلغ ثم يكف فاذا كانت الشجرة ما بين قري المشجوج وهي تأخذ ما بين
قري الشاج ومفضل فانه خير المشجوج ايضا فان شكا اخذ الارش وان
شكا اقتصصت ما بين قري الشاج لا اريد على ذلك شيئا واذا كانت الشجرة
في طول المراس المشجوج وهي تأخذ من جهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج
فحسبوا خيارا ان شكا اقتصصت له مثل طولها الى حيث يبلغ وان شكا اخذ
الارش وحكى الطحاوي عن علي بن العباس الدارمي انه قال في هذه المسائل
اذا كانت الشجرة لا تستغرق ما بين قري الشاج لكبر راسه وقد استغرقت
ما بين قري المشجوج لصغر راسه اقتصصت ما بين قريه وان زاد على
طول الشجرة وجه قول اصحابنا ان الشجرة تثبت حكمها للشين الذي يلحق
بها ومعلوم ان الشين يزيد بزيادة طولها وباستيفائها ما بين القرين
فاذا كان المشجوج صغير الراس فسدت الشجرة ما بين قريه لم يجز ان
يستوفي ما بين قري الشاج وهو اكبر من ذلك لان طول الشجرة فيه زيادة
شين فلم يكن بد من اثبات القصاص بقدرها ولصاحب القصاص ان يستدي
من اي الجانبين شال ثبوت حقه فيها وله ان ينتقل الى الارش لان هذه
الشجرة لا تلحق بالشاج من الشين ما لحق المشجوج لانها سقى قطعة من
جهته فصار كالعييب في محل القصاص فان شكا استوفاه بعينه وان

وان شكا انتقل الى الارش واما اذا كان ما بين قري الشاج اقل ممّا
بين قري المشجوج فلا يمكن ان يستوفي ما بين قريه وزيادة لان في
ذلك زيادة شين فكان المشجوج بالخيار ان شكا اقتصص على ما بين
القرنين وان شكا انتقل الى ارش وجه ما قاله الرازي ان القصاص
يستوفي بين العضوين وان كان احدهما اكبر من الآخر كاليد الكبيرة
والصغيرة وهذا ليس بصحيح لان المقصود باليد المتفعة وقد
يكون متفعته اليد الصغيرة اكثر من متفعته الكبيرة والمقصود
بالشجاج الشين ولزيادة الشجرة تاثير في زيادة الشين قال وان
جنى رجلان على رجل جناية فيما دون النفس بما يجب على الواحد
فيها القصاص ان كان انفرد بها فلا قصاص عليهما قطعاً بل او رجله
او قلعا سناً او كائنا ما كان من الجوارح التي يجب على الواحد فيها
القصاص فلا قصاص عليهما وعليهما الارش نصفين مكللاً ما زاد
على ذلك من العدد فهو بمنزلة هذا القصاص عليهم وعليهم الارش
على عدد دم بالسوا وقال الشافعي يجب القصاص على القاطعين
وان كثروا لئلا يمتنعوا فاما اشتراك فيه الجماعة
لزم كل واحد منهم بقدر قسطه كالمال وانما دون النفس يعتبر
فيه المماثلة واليد ان ليست مثلاً لليد واحداً للجوارح يستوفى
لها ولان كل واحد منهما متلف لبعض اليد فكانه وضع السكين
من جانب ووضع الاخر من جانب اخر ثم اعتدنا حتى التقيا السكينان

لم يجب القصاص بالاتفاق وليس هذا كقتل الاثنين للواحد لان القياس يقتضي لا يقتلوا وانما تركنا القياس للاسرو لان خروج النفس لا يتبعض فصار كل واحد منهما كالمكلف جميعها **باب**
من يستحق القصاص قال ابو الحسن واذا قتل الرجل رجلا قتلا يوجب القصاص استحقاقية من يستحق ما له علي فرايض الله عز وجل ذكرهم وانشاءهم والعصبة منهم وعن العصبة سوا والحق في ذلك جميعا لهم يدخل في ذلك الزوج والزوجة ايضا وذلك لان القصاص احد بدلي لنفس فينقسم بين الورثة كالدية والدليل على ان الدية بين الورثة انها مال للميت يقضى منها ديونه يتقدمها وصاياه كسائر امواله واما الزوج والزوجة فانهما يرثان من الدية وقال مالك لا يرثان وقد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول ذلك حتى شهد عنده الضحالي بن سفيان الكلابي قال كنت علي بن ابي طالب فورد علي كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اورث امرأة اسم الصابي من دية زوجها اسم فرجع عمر بن الخطاب عن قوله وعن علي انه قال الدية بين من احرز الميراث ولا لها مال للميت كسائر امواله واذا ثبت ان الزوج والزوجة يرثان الدية فكذلك القصاص لان كل واحد منهما بدل عن النفس قال وليس لبعضهم ان يقتصدون بعض حتى يجتهدوا وذلك لانه حق مشترك بين جماعة لا يوتي على بعضهم فلا يجوز لاحد ان يتفرد

بالتيفار

١٨٦
بالتيفار كالدية قال وليس له ولا لاحد من ان يوكل في القصاص من يقوم مقامه فيه وقال الشافعي يجوز التوكيل بالتيفار القصاص لنا ان الوكيل لو استوفى مع غيبة الموكل استوفى مع الشبهة لجواز ان يكون الموكل قد عفا فلا يجوز استيفاء القصاص مع الشبهة ولا يلزم اذا وكله وهو حاضر لانه لا شبهة في الاستيفاء الا ترى انه لو عفا لا ظهر العفو ولان ذلك اذا جاز للضرورة الا ترى ان كل واحد لا يحسن استيفاء القصاص فلو لم يجز له ان يقيم غيره مقامه في حال الضرورة بطل حقه وهذا لا يوجد مع الغيبة
فصل قال ابو حنيفة اذا قتل الرجل وله ولد صغير وكبار فللكبار من ولده ان يعلوا قتل بلوغ الصغار وقال ابو يوسف ومحمد ليس للكبار ان يقتصوا حتى يبلغ الصغار وكان ابو بكر الرازي يقول محمد مع ابي حنيفة وجه قول ابي حنيفة ما روي ان الحسن اقتص من ابن ملجم وفي ورثه علي صغير وقد وصي علي اليه بذلك وقال له اضربه ضربة واحدة فقلوا ان القصاص يجوز للكبار من الورثة لم يسبكتوا عن انكاره ولا يقال انه قتل حدا لانه لو كان كذلك لم يشترط علي ان يضرب ضربة واحدة اذا المائلة انما تعتبر في القصاص دون الحد والذي يقول اصحاب الشافعي انه قتل بالكفر غلط لان صاحبهم قال ان ابن ملجم قتل عليا متا ولا فاسده ولان الدم اذا اشترك فيه بين من يثبت له الولاية وبين من يول عليه فان لم

يثبت له الولايه ان يغرد بالاستيفاء من قتل ولاولي له فاشترك المسلمون
في دمه جاز للامام ان يقتصر منه وقد وافق ابو يوسف في الدم اذا كان بين
الاب والابن والانا لوانتظرنا القصاص لم نخلوا ان ينتظر ليستوفي باجتماعهم
او لجواز ان يغفوا الصغير ولا يجوز ان ينتظر ليجتمعوا على الاستيفاء لانهم لو
حضروا جميعا وهم بالعون انقرد بالاستيفاء واحد ولا يجوز ان ينتظر
لتجديد العفو لانه ما من قصاص الا برحام الولي فيه العفو ولا يمنعه ذلك
من القصاص في الحال ولا يلزم اذا كان بعضهم غايبا لانا لا تقتصر بجواز
ان يكون عفا لا انتظار عفو وهذا المعنى معدوم في الصغير وجه
قولها انه حق ثنن بين الصغير والكبير فلا يملك الكبير ان يستوفي جميعه
كسائر الحقوق ولانه دم مشترك فلا يجوز لاحد الشريكين ان يغرد باستيفاء
كالكبير اذا كان احدهما غايبا **فصل** قال فان عفا من له شرك
في الدم عن القاتل بطل القصاص عنه وكان عليه حقوق من لم يعف من
الدية في ماله خاصة ولاشي للعافي من الدية وذلك لما روي ان دما بين
شريكين عفا احدهما فاستشار عمر بن مسعود فقال لا ياري هذا قد احياه
فلا يملك الاخر ان يميت بما احياه هذا فعل عمر بن مسعود وقوله وذلك كحضره
الصحابه من غير خلاف ولان الحق المشترك يملك كل واحد من الشريكين
استقاط حقه عن نصيبه منه كما يملك لو انقرد به اصله الديون واذا سقط
نصيب العافي من القصاص بقي نصيب الاخر لا يمكن استيفاء دم العمد
انا تعذر استيفاء انتقل ما لا يمكن قطع يد من نصف الساعد ويكون ذلك

في مال القاتل لانه لم يجب بنفس القتل وانما وجب بسبب حادث فهو كما وجب
بالصلح ولاشي للعافي منه الا ما سقط حقه عن الاصل فلم يثبت البدل
وقد قال اصحابنا في دم عبد بن شريك عفا احدهما فلا خير نصف
الدية في مال القاتل في ثلث سنين وقال زفر في سمن لنا انه جز
من الدية فتعسست على السنين الثلث كما يلزم بعض العاقلة
وجه قول زفر ان نصف الدية لم يلزم من اجزاء دية واجبة وانما جملة
الواجب فضا د كما يجب بقطع اليد **فصل** ولو عفا احد الشريكين
عن القصاص فقتله للاخر ولم يعلم بالعفو او علم ولكن لم يعلم انه يسقط
القصاص فلا فود عليه وقال زفر عليه القود لنا ان الذي يستحق
في الظاهر ومن استوفى قتلا مستحقا في الظاهر لم يقتصر منه وان
كان غير مستحق كمن شهد له الشهود بقتل ابيه فقتل قاتله
م حد ابو مساله ليس ان القصاص سقط بالعفو فضا د كمن ظن ان
رجلا قتل ابا به فقتله والجواب ان هذه لم تستند الي سبب ظاهر
فلم تعد بها والشبهة في مسيلتنا قد استندت الي سبب ظاهر **فصل**
واذا قتل العبد عدا فالقصاص على القاتل لسيد وكذلك ان كان له موليان
او ثلثة فالقصاص لهم على قدر املاكهم منه لان للمولي بالدم عبد كما
يستحق الوارث دم الموروث فجزيا مجرا واحد ولان المولي بالدم للعبد
قبل القتل وللوارث بالملك الموروث ولا حقوقه الا بعد الموت فاذا ثبت
له القصاص فلان يثبت للمولي حقه ثابت في الحالين اولي قال فان عني

أحدهم فهو والورثة سوا غيراته يجب لمن لم يعف من الموالى حصته
من القية وذلك لأن الدم مشترك بين الموالى فإذا اسقط أحدهم
حقه منه سقط باسقاطه كما يسقط حقه لو انفرد بملك العبد
ويكون للباقي حصته من القية لأنها بدل عن العبد كالدية التي هي بدل
عن الحر قال ولو كان صاح أحدا لورثه الموالى القاتل من حقه على ما لجاز
الصلح وكان له على القاتل ما شرط عليه في عقد الصلح في ماله خاصة
ووجب لمن لم يصالح من الورثة حصة من الدية ولمن لم يصالح من الموالى
حصة من القية فالأصل في جواب الصلح من الدم على ما ل قوله صلى الله
عليه وسلم لم يقتله قتل فاهله بين خيرتين ان شاوا قتلوا وان شاوا اخذوا
الدية ولأن القضا ص حقه فيه معنى المال بدلالة انه لو دخله شبهة انتقل
مالا من طريق الحكم **فصل** التي فيها معنى المال تجوز الصلح منها
على ما ل كالمعيب بالبيع واذا ثبت جواز الصلح سقط نصيب المصالح بصلحه
فهو كالوسقط بعفو فينتقل حق الباقي مالا قال اذا قتل الرجلان الرجل
الواحد عمدا فعفا الولي عن احدهما فله ان يقتل الآخر وذلك لان الولي له
ان يعفو عنهما فجاز ان يعفو عن احدهما واذا عفا عنه فقد كان الغض
يثبت له على كل واحد منهما لو انفرد بكاله فسقطه عن احدهما لا يوجب سقوطه
عن الآخر كما لو سقط بموته وكما لو انفرد الثاني بالقتل قال وكذلك ان قتل رجل
واحد رجلين لكل واحد منهما ولي فعفا ولي احد المقتولين عن القاتل فلم يولي
الآخر ان يقتله وذلك لان كل واحد منهما لو انفرد ثبت له القضا ص فاذا عفا عن احدهما

صار كان لم يكن له حق في الابتداء فيثبت للآخر القضا ص **فصل**
قال واذا كان في ورثة المقتول ولد للقاتل وولد لولد او مات بعض
الورثة فورثة القاتل بطل القضا ص وان كان عليه الدية لجاعتهم
ولا يبطل حق الذي بطل القضا ص من اجله وانما لم يجب للولد قضا
على والد له لقوله تعالى ولا تقتل لها ف تمنع من ادخال الضرر عليهما
بهذا القول فلا تمنع من ادخال الضرر بالقضا ص ولي ولانه لو قتله
لم يجب عليه قضا ص فلا يجب له اقتضا ص لاجل غيره فاذا سقط
نصيب الابن تعذر القضا ص في الثاني فانتقل مالا وينتقل
نصيب الابن ايضا مالا لانه لم يعف عن نصيبه وانما تعذر عليه
الاستيفاء لانه ممنوع الضرر بانه ويجوز ان يثبت له على ابنه
دين فانتقل نصيبه الى المال فاما اذا ورث القاتل بعض القضا
سقط القضا ص لانه يستحيل ان يثبت له قضا ص على نفسه
واذا سقط ما انتقل اليه تعذر القضا ص في الباقي فانتقل مالا
فصل قال والمدبر والمدبرة وام الولد وابن ام الولد بمنزلة
العبد للقضا ص فهم للمولى والمولى ان كانوا جماعة وذلك لانهم على ملكه
الاتريانهم بواحد منهم كحى الملك ويطلق المدبرة وام الولد بحق الملك
قضا روا كما لعبد القن **فصل** واذا قتل المكاتب ولم يترك
دفا للمولى القضا ص في قولهم لان الجراحة وقعت والولاية للمولى
وحصل الموت وهو المستحق لبطلان الكتاب وموته على الرق

فاذا ثبت له الاستحقاق في الحالين كان له القصاص كالعبد القزوليس
هذا كالعبد المعتق بعينه اذ اقامات عاجزا لانه ذكر في المسئلة
عن ابي حنيفة ان لا قصاص لان عجز المكاتب ينسخ به الكتابة فكانها
لم تكن وموت المعتق لا ينسخ عتقه والمولى يستحق القصاص في بعضه
بالولاء في بعضه في الملك ولا يثبت له الاستحقاق لسبب مختلفين
واما ان ترك وقا ووارثه غير المولى فلا قصاص في قولهم لان الجراحة
وقفت والمستحق المولى لبقا الرق وحصل الموت والمستحق غير
المولى فلما تغير المستحق صار ذلك شهدة في سقوط القصاص كمن
جرح عبده فباعه فمات في يد المشتري لم يثبت للمشتري قصاص لانه
لم يكن له حق عند الجراحة واما اذا ترك وقا ووارثه المولى فذكر في
الجامع الصغير ان المولى القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال بشر عن ابي يوسف في كتاب البيوع لا قصاص للمولى وهو قول
محمد وجه قوله ابي حنيفة والمشهور من قول ابي يوسف ان المولى هو
المستحق لحق المكاتب في الحالين لا ترى انه كان يستحق في حال
الجراحة لبقا الرق ويستحق عند الموت بحكم الولاء والمستحق في المرفق
اذا كان واحدا وجب القصاص كولي العبد وجه قول محمد ان المولى يستحق
عند الجراحة بسبب الملك ويستحق بعد الموت بحكم الولاء فلما اختلفت
جهة الاستحقاق صار اختلافها كاختلاف المستحق فمنع ذلك من القصاص
وهذا ليس بصحيح لان وارث الجراح له عند الجراحة بدل ان يعفو

لا يصح فلما ثبت له حق ان يستحق ويستحق بعد الموت فقد اختلفت
جهة استحقاقه في الحالين لانه لما اختلف المستحق وجب القصاص
فكذلك هذا قال ابو يوسف وان كان الوارث غير المولى فاجتمع
المولى والوارث على القصاص فلا قصاص لهما وذلك لان المولى
سقط حقه بالعتق فاجتمع مع الوارث لا يعتد به فبقي الوارث
وحده وقد ثبت انه لا قصاص له **فصل** قال ابو يوسف
في الاملاية عبد قتل في يد البائع قبل القبض عدا ان المشتري ان اخاره
اجاز البيع قال فحفظي عن ابي حنيفة ان المشتري القصاص وان اختار رد
البيع فحفظي ان ابا حنيفة قال للبائع القصاص وقال ابو يوسف للبائع القيمة
اما اذا اختار المشتري الاجارة فالعبد على ملكه وقدم ملكه بالاجارة
فكان العبد قتل في يده واما اذا اختار النسخ فوجه قوله ابي حنيفة ان
البيع ينسخ من اصله وبصير كان لم يكن فكان العبد قتل على ملك البائع
فثبت له القصاص وجه قوله ابي يوسف ان البائع لم يثبت له حق القصاص
عند الجراحة لان الملك كان للمشتري فلا يثبت له القصاص بعد الموت
فصل قال ولو كان المقتول رهنا فقتل في يده المرتهن فان اجمع الراهن
والمرتهن على القصاص فلما اختلفت جهتا القصاص فلهما القصاص ولذا روي
محمد عن ابي حنيفة وهو قوله وانما لم يجز لواحد منهما ان يتفرد بالقصاص
لان الراهن اذا اقتصر اسقط حق المرتهن من الدين فللمرتهن منه من ذلك
ولما المرتهن فليس له للعبد فلا يثبت له القصاص فاذا اجتمعا فقد

رضي المرتضى باستقاطحه فكان العبد قتل وليس برهن **فصل**
قال ابو يوسف العبد اذا قتل في يد الزوج قبل ان يقتض المرأة
او عبد قتل في يد امرأة اختلعت به لو كان في يد قاتل صالح عليه من
دم عهد فذلك كله بمنزلة البيع وذلك لان المستحق اذا رضي باساع العاقل
فقد تم ملكه في العبد فثبت له القصاص واذا طالب بالقيمة انفسح الملك
في العبد من اصله فكانه قتل على ملك الزوج قال ولو قتل في يد المنتري
والمشتري خيار شرط او خيار روية فالقصاص للمشتري قبض البائع
التميز ولم يقبض وذلك لانه لما قتل سقط خيار الشرط والروية محدوث
العيب وتم البيع كانه قتل ولا خيار قال وان كان الخيار للبائع فان شا البائع
اتبع القاتل فقتله وان شا ضمن المشتري القيمة ولا قصاص للمشتري قال
وكذلك حفظني عن ابي حنيفة في الغاصب ورايت ان الغاصب والبائع
سواء اما البائع فلان العبد على ملكه وهو مضمون على المشتري بالقبض
فان لم يحضره المشتري كان له القصاص لان العبد قتل على ملكه وان
اختار يضمن المشتري فقد نقل الملك اليه بالضممان وانتقال الملك بعد
سبب القصاص يسقط القصاص الا ان المشتري بالضممان قام مقام البائع
فيثبت له القيمة اذا دخل في القصاص شبهة وعلى هذا اذا قتل العبد في
يد الغاصب فلم يولد القصاص لان العبد على ملكه وان كان في ضمان الغاصب
فاذا ترك التضمن ثبت له القصاص واما اذا ضمن الغاصب فقد نقل
الملك اليه بالضممان وذلك يسقط القصاص الا ان الغاصب قام بالضممان

مقام

مقامه فكان له القيمة اذا تعذر استيفاء القصاص **فصل**
ولو ان عبد اموصى برقبته لرجل او بخدمته او عليه لآخر وهو يخرج من
وقبل الوصية فقتله رجل عمدا قال فان اجتمع على القصاص قتلا
وان اختلفا فعلى القاتل قيمته ليشترى بها عبدا فيكون في مثل حاله
وذلك لان الموصي له بالرقبة اذا قصر اسقط حق الموصى بالمنفعة والقتل
فكان لصاحب المنفعة ان يمنع من ذلك فاذا اجتمع على القصاص فقد
اسقط صاحب المنفعة منفعته فلم يبق الا حق صاحب الرقبة فكان له
القصاص وان اختلفا تعذر استيفاء القصاص فوجب القيمة يشترى
بها عبدا ينقذ فيه الوصيتين ولانه ما امكن ان ينقذ الوصايا فهو اولى
من ابطالها ويمكن التنفيذ بان يشترى بالقيمة عبدا وقد قالوا في هذه
المسئلة وفي مسئلة عبد الرهن انهما اذا اجتمعا فالذي يقتض الراهن
وصاحب الرقبة لان المرهن والموصى له بالمنفعة اسقاط حقهما فبقي
الحق للمولى **فصل** قال والعفو عندي عن القاتل افضل لقوله
نغالي فمن تصدق به فهو كفارة له قيل في التاويل للمقتول وقيل
للمولى وقال لغالي وان تغفوا اقرب للتقوي **فصل** قال ولا يحكم بقصاص
في قتل ولا جراحة حتى يكون البرئ منها ولذلك لا يحكم بارشها وقال الشافعي
يقتض منها في الحال انما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يستفاد
من الجراحة حتى يبرأ روي ان رجلا جرح حسان بن ثابت في فخذ بعظم
فجا الانصار الى النبي صلى الله عليه وسلم فطلبوا القصاص فقال

انتظروا ما يكون من صاحبكم ولا من اصلنا انه لو مات من الجراحة
وجبا القصاص في النفس دون الجراحه فلو استوفينا القصاص فيها
استوفيناها ولا نعلم انه المستحق وهذا لا يصح فاما جراحة الخطا
فلا شبهة فيها وذلك لان الجناية فيما دون النفس قد توجب
اكثر من الدية فاذا مرت اوجبت الدية فان استوفى ما وجب
بالجراحة قبل البر استوفينا ما لا نعلم انه مستحق وهذا لا يصح
واذا ثبت انه نسيانا بالجراحة فقد قالوا فيمن ضرب سنا
رجل فتحركت فاجله القاضي سنة ثم جاز المضروب وقد سقطت
سنة فقال انما سقطت من الضربة وقال الضارب انما ضربه
رجل اخر فالقول قول المضروب وان جابعد السنة فالقول قول
الضارب وذلك لان القاضي انما يوجه هذه المدة انتظار لما حدث
من الضربة فاذا سقطت السز ولم نعلم حدوث معنى اخر فقد حكمنا
بسقوطها فيما وقع التاجيل له واذا سقطت بعد الحول فلم ينتظر
بالضربة هذه المدة فلا نعلم ان السقوط من الضربة فالقول
قول الضارب وقد قالوا انما لا يستأنف فيه اذا اختلفا فيما تولد
منه فالقول قول الضارب لانه لا يجوز ان يكون حدث منه ويجوز ان
يكون حدث من غيرهم وليس هناك تاجيل يكون ظاهرا فيما حدث فجعل
القول قول الضارب قال الشيخ ومما يلحق بهذا الباب ما قاله
محمد في دم عبد بين اثنين شهد احدهما على الاخر انه عفا فان صدقه

القاتل والمشهد عليه يطلب حصنة المشهود عليه وانتقل نصيب
الشاهد ما لا وله ان ياخذ نصف الدية لانها لما صدقاه فكان العفو
معلوما فسقط به حق العافي وينتقل نصيب شريكه ما لا فان كذبه
جميعا فقد بطل سبب الشاهد وصار نصيب المشهود عليه
مالا وان شهد واو لم يصدقه بطل شهادته لانه لا مدعى لها
وينتقل نصيب شريكه مالا والشاهد لما شهد فقد اقربا بطل
حقه من القصاص ثم ادعى لنفسه المال فافترع عليه نفسه بابطال
القصاص جاز ودعواه للمال باطل وصارت شهادته كالعفو منهم
لاهم من القصاص بطل بقوله فانتقل نصيب شريكه مالا وان صدقه
القاتل وكذبه المشهود عليه فانه يقضي على القاتل دية تامة لكل
واحد منهما النصف لان القاتل لما صدق والشاهد فقد اقربا نصيب
الشاهد صار مالا وادعى ابطال حق الاخر فلا يصدق القاتل على
ابطال حق الاخر ولا نصيب الشاهد لما انتقل مالا انتقل نصيب
شريكه لان بطلان القصاص لم يكن من جهته واما اذا كذبه
القاتل وصدق المشهود عليه فالقياس ان لا يلزم القاتل شيء
والاستحسان ان على القاتل نصف الدية للشاهد ولا شيء للمشهود
عليه وجه القياس ان الشاهد ابطال حقه لانه اقربا بطل
القصاص وادعى ان نصيبه مال وكذبه القاتل بذلك فبطل حقه
وكانه عفا فلما صدقه المشهود عليه فقد ابطال حقه حين اقربا العفو

فبطل حقهما جميعا وهذا قول زفروجه الاستحسان ان الشاهد
بالعفو لما كذبه القاتل فقد اقر القاتل ان نصيبا للمشهود عليه
مال فلما قال للمشهود عليه قد عفوت صار كانه قال المالا الذي
اقر لي به القاتل هو للشاهد فنقد اقران كرجل اقر لرجل بمائة
فقال المغرله هذه لزيد وليس لي عليه شيء **فصل**
ولو شهد كل واحد منهما على صاحبه انه قد عفا فان كانت اخدت
الشهادتين قبل الاخرى فالكلام في المسئلة الاولى وان كانت الشهادتا
معافوه على ثلاثة اوجه اما ان يصدقهما القاتل جميعا او يكذبهما
جميعا او يصدق احدهما ويكذب الاخر فاما اذا كذبهما جميعا فلا شيء
لو احدهما لان كل واحد منهما اقربا بطلا للقصاص وادعي المال فلا
يقبل دعواه على مال ويجوز اقران با بطلا للقصاص واما اذا صدق
احدهما خاصة وكذب الاخر فانه يغرم الذي للذي صدقه نصف
الدية ولا شيء للذي كذبه لان كل واحد منهما ادعى عليه المال فصدق
احدهما فثبت له المال بتصديقه وبطل حق الآخر بتكذيبه واما
اذا صدقهما جميعا فالقياس ان يغرم لهما الدية والاستحسان
ان لا يغرم شيئا وجه القياس انه تعين تصديقهما بتصدق احدهما
فان صدق احدهما صار نصيبه مالا وكذلك اذا صدقهما واما وجه
الاستحسان فلان فقد التصديق فيه تكذيب لان كل واحد منهما
يقول لم اعف وانما عفا صاحبي فلما صدقهما فكانه قال كل واحد

منهما عفوت ولم يعف ولو قال هكذا لم يجب شيء فكذا هذا ولو كان
الدم بين ثلاثة فشهداثنان على احدهم انه عفا وان حال الشاهدين
بمنزله حال الشاهد الذي شهد على صاحبه وهو على اربعة اوجه
كما ذكرتها في تلك المسئلة **فصل** واذا شهد شاهدان
على القاتل انه صالح على الدية وانهما كفلا بها فهو على وجهين
لو لم يكن الكفالة شرطا في الصلح جازت شهادتهما وان كانت الكفالة
شرطا في الصلح لم تقبل شهادتهما لان الكفالة اذا لم تكن شرطا في
الصلح فلا علة لها بالصلح فشهادتهما كشهادة غير الكفيلين
واما اذا شرطت كفالتهم في الصلح فقد شهدا على عقد ثم بهما
لان الصلح لا يتم الا بقبولهما فكانهما شهدا بفعل انفسهما
فصل وعفو الاب والوصي عن دم الصغير باطل
لان ابطال حق اليتيم من غير عوض وذلك لا يجوز فان لم يعف ولكن
صالح فان كان للصغير اب فله ان يقتض وله ان يصالح وسوا كان
القصاص في النفس او فيما دون النفس لان الاب له ولاية كاملة
فتصرفه في حق الصغير كتصرفه في حق نفسه واما الوصي
فان كان القصاص فيما دون النفس فله ان يقتض وله ان يصالح
لان ما دون النفس سالك به مسلك الاموال لا ترى انه يعتبر
فيه المساواة وللوصي التصرف في الاموال فكذلك ما في حكمها
واما اذا كان القصاص في النفس قتل عبد لليتيم اذا قتل فليس

للموصي ان يقتصر لان القصاص ليس بمال ونصرف الموصي يختص
بالمال فان صاح الوصي جاز صلحه في رواية كتاب الديات ولم يجز في
رواية كتاب الصلح وجه رواية كتاب الديات ان في الصلح متعة
لانه جعل الحق الذي ليس بمال ولا ونصرف الوصي فيما فيه مصلحة
للبيتم جاز بدلالة قوله تعالى قل اصلاح لهم خيرا وما وجه رواية
كتاب الصلح فلان الوصي لا يملك القصاص فلم يجز له ان ينقله الي بدل
الانري انه لما يملك العتق لم يجز ان يعتق عليه مال **فصل**
وقالوا فمن قتل عمدا ولا ولي له الا السلطان فهو بالخيار ان شأ
قتل قاتله وان شأ صاح بالدية وليس له ان يعفو او قال ابو يوسف
ان كان المقتول من اهل دار الاسلام فلا امام ان ياخذ الدية وليس
له ان يقتصر وان كان دخل من دار الحرب فاسلم فله ان يقتصر وله
ان ياخذ الدية وجه قولنا في حنيغة ومحمد ما روي ان عبدا لله
ابن عمر لما قتل الهرمزان حين قتل عمر فخرج الهرمزان وفي يده
الحجر فظن انه الذي قتل عمر فقتله فرغ ذلك الي عثمان فقال
علي عثمان اقتل عبدا لله وقد قتل ابوه امس واقتله اليوم
لا افعل ذلك وهذا رجل من اهل الارض وانا وليه اعفو عنه
واودي ديته ولان الامام هو الولي بقوله صلى الله عليه وسلم
فالسلطان ولي من لا ولي له فصار كالولي من طريق النسب
فله ان يقتل وله ان يصالح وليس له ان يعفو لانه حق المسلم

الانري انهم يستحقون ميراثه فلا يملك الامام اسقاط حقهم من
غير عوض وجه قولنا في يوسفان من مكارم اهل دار الاسلام
لم يؤمن ان يكون في دار الاسلام من يستحق ميراثه فلم يجز ان يقتصر
الامام مع الشبهة ومن دخل من دار الحرب فالظاهر انه لا وارث
له في دار الاسلام فجاز للامام ان يقتصر **فصل**
قالوا اذا كان للدم وليان احدهما غائب فادعي القاتل ان الغائب
قد عفا ومحمد الحاضر فاقام القاتل البينة قبلت بينته لان
هذه البينة شهيد با بطل نصيب الحاضر في القصاص
الانري ان الغائب اذا عفا سقط القصاص من النفس فقد
توجه القضا على الحاضر ولا يتوصل اليه الا بالفضاء على
الغائب وصار الحاضر خصما عنه قال وان لم يكن بينة واراد
ان يستحلف الحاضر فلا تميز له عليه لانه يمكنه ان تحلف
الغائب ولا تخشى فوات اليمين وليس كذلك البينة لانه
تخشى فواتها بموت الشهود او غيبتهم قبل حضور الغائب
فصل واذا كان الدم بين اثنين فعفا احدهما ثم
قتل الاخر ولم يعلم بالعفو او علم بالعفو ولم يعلم بان القتل
حرام عليه فعليه الدية كاملة في ماله وفي مال القاتل
نصف الدية فينقاصا ان بالنصف ويرد النصف ولا يجب
القصاص لان القتل حصل مع الشبهة الانري انه اذا لم

يعلم بعض شريكه فقد قتل والقتل مستحق في الظاهر واذا علم
بعض فبطلان القصاص في نصيبه يعلم بالاجتهاد الا ترى
ان الظاهر ان اسقاط الواحد لنفسه لا يوجب اسقاط حق غيره
فصار دعواه للشبهة مستندة الى اصل فاسقطت القصاص
وقال فرجيب عليه القصاص علم بالعفو ولم يعلم لانه قد
بطل حقه حكما فقتله بغير حق واما اذا علم بالعفو علم بان للعفو
يسقط القصاص فعليه القصاص لانه قتل من غير شبهة
مسألة قال ابو حنيفة فيمن له قصاص في اليد فقطعها
فمات المقتوع منها ضمن دية وقال لا يضمن وجه قول ابو حنيفة
انه حق يستوفيه لنفسه حتى ين استيفائه وتركه فكان ما
يتولد منه مضمونا عليه كضربة لامراته ولا يلزم قطع الامام
للسارق لانه لا يستوفيه لنفسه ولانه لم يخبر فيه ولانه حق
يستوفيه لنفسه على طريق البدل فكان مضمونا عليه كالديون
وجه قولها انه ما دون في القطع كالامام في يد السارق وقد قال
اصحابنا في الاب اذا ضرب ابنه فمات ضمن لانه ما دون في تاديبه
من جهة الله تعالى على شرط السلامة ولو ضربه المعلم باذن
الاب فمات لم يضمن لان الاب اذن له اذنا مطلقا فالامام
اذا قطع السارق فلو جعل له القطع بشرط السلامة لا تمتنع
من القطع وذلك يودي الى تعطيل الحد ولانه يستوفي الطرف

لحواله تعالى والنفس على ملكه فلم تكن مضمونة عليه **مسألة**
قال ابو حنيفة فيمن له قصاص على رجل في النفس فقطع يده ثم
عفا عنه ضمن دية اليد وقال لا ضمان عليه لابي حنيفة انه
كان بخيرا بين القصاص والعفو فاذا عفا استند ذلك الى الاصل
فكانه اختار العفو ابتداء ثم قطع وعلى هذا قلنا في العبد المشروط
فيه الخيار ان صدقة الفطر على من يصير العبد له لان اختيار
استند الى العقد فكانه ملكه من ذلك الوقت ولانه استوفى
اليد وليست بحوله بدلالة انه يودي على قطعها ويمنع
منه قبل القطع فاذا اعى استوفاه حقه بالعفو فبقيت اليد
مستوفاة بغير حق فضمنت وليس كذلك اذا قتل في انه
لا يضمن اليد لانه وان لم تكن حقه فانها تتلف باستيفائه
فلم يكن مقومة عليه قبل العفو وجه قولها ان الضمان لم يلزمه
في القطع فلما عفا انصرف عفو الى ما بقي من حقه فلم يضمن وصار
تضمن استوفى بعض حقه ثم ابداه **فصل** قال اصحابنا
اذا عفا المجرم ثم مات فالقياس ان لا يصح عفو لان القصاص
يثبت ابتداء للورثة لولا ذلك لم يثبت لهم بعد الموت
فكانت ابرام من حق غير وانما استحسنوا وجوزوا عفوهم
لان الحوله وانما يقوم الوارث في استيفائه مقامه فاذا
اسقطه جاز ويكون من جميع المال لانه حق ليس بمال كالطلاق

وقالوا في الوارث اذا عفا عن الجرح قبل موت المجرم فالتقياس
ان لا يصح عفو لانه عفا عن حق غيره الا ترى ان المريض لو
عفى في هذه الحال جاز وانما يثبت للوارث الحق بعد موته فاذا
عفا قبل ثبوت حقه لم يجب كما لو ابرأ من دين الميت قبل موته
لم يجز وانما استحسنوا فقالوا يجوز ابرأته لان الحق يثبت للورثة
عند الجرح لولا ذلك لم يثبت لهم عند الموت فاذا ابرأ عند
ثبوت سبب الحق جاز **باب**

جناية العبد

قال ابو الحسن واذا

جنى عبد علي حرا وعبد جناية خطا في نفس او فيما دونها يقل
ارشها او يكثر فذلك في رتبة العبد الجاني ليس في دمة المولى
منه شي ويقال للمولى دفعه بجنايته او اقله بجميع ارش الجناية
قليل الا كان الارش او كثيرا بالغاما بلغ وقال الشافعي في
جناية العبد يباع فيها الا ان يغديه المولى لنا ما روي
في حديث ابن عباس انه قال اذا جنى العبد فمولا به بالخيار ان
شادفعه وان شادفاه وعن عمر انه قال عبيد الناس اموالهم
وجناياتهم في قيمتهم وعن علي مثله ولان الجناية التي يمكن
استيفاؤها من الرقبة تتعلق بها جناية العبد في الحر
والعبد واذا ثبت ان الجناية تعلق برقبته فاذا خلى المولى
بين ولي الجناية وبينه سقطت عنه المطالبة بها كجناية العبد

ولانه انما مخاطب بالجناية لاجل ملكه فاذا اسقط عنه زالت
المطالبة كالوارث اذا خلى بين الغرما وبين التركة واما اذا اختار
الفداء لانه لا حق لولي الجناية الا في الارش فاذا استوفاه سقط
حقه وليس جناية العبد كدنيته لان جناية الحر الخطا يطالب
بها غير فكذلك جناية العبد يطالب بها المولى وديون
الحر لا يطالب بها غير فكذلك ديون العبد تتعلق به قال
فان لم يخير حتى مات العبد بطل حق المجني عليه ولم يكن له
علي المولى من ارش جنايته شي وذلك لان الحق كان يلزم المولى في
الرقبة فاذا تلفت سقط ما لزمه عنها كهلاك المال بعد وجوب
الزكاة فيه لانها جناية تسقط بموت العبد كالعهد قال فان
مات العبد بعدما اختار المولى الفداء فالفداء عليه لا يبرأ منه
بموت العبد وذلك لان الاختيار ينقل الحق من الرقبة الي
دنة المولى فاذا مات العبد لم يسقط ما في دنة المولى من
الدين كسائر ديونه قال فان جنى العبد علي جماعة فالمولى
ايضا بالخيار ان شادفع العبد الي جماعتهم وكان مقسوما
عليهم علي قدر ما لكل واحد منهم من ارش الجناية وان شامسكه
وعزم ارش الجنايات كلها وذلك لان تعلق الجناية برقبته لا يمنع
تعلق مثلها كما لا يمنع الدين من الدين وكما لا يمنع حق للمولى من حق
ولي الجناية واذا تعلق حق الجماعة بالرقبة كان علي المولى ان يدفع

اليهم فيقسمون الرقبة على قدر حقوقهم او بعدى بمنع ار وشهم
والمولى في هذا الفصل ان خالفين فيفدي من بعضهم ويدفع
الي بعضهم مقدار ما تغلق به حقه من العبد وذلك لان كل
واحد منهم لا تغلق حقه نحو صاحبه فجاز له ان يختار في حق
احدهم غير ما اختار في حق الاخر كما لو انقرد كل واحد منهم وليس
هذا كالعبد اذا قتل رجلا خطأ وله وليان فاختار المولى الفدا
من احدهما والدفع الى الاخر ان ذلك لا يجوز لانها جناية واحدة
خير فيها بين الدفع والفدا فلم يملك تبعض موجهها وفي مسلتنا
هي جنائيات مختلفة فاذا اختلف خيان فيها فلم ينقص موجب
الجناية واما كيف القصة فعلى ما بينا انه يدفع اليهم بقدر
حصصهم فان كان قتل رجلا خطأ وفقا عين الاخر ثم اجتمعا
فاختار الفدا فانه يدفع العبد اليهم اثلاثا لان ولي المقتول
ثبت حقه في اديه وهي عشرة الاف وثبت حق المفقوة عينه
في نصف ادينه وكل واحد منهما يدلي بسبب صحيح فضرِب
بجميع حقه فاقسما اثلاثا وان كان شيخ رجلا موضحة واخر
هاشمة والاخر منقلة ثم اختار المولى لدفع دفع الى صاحب
الموضحة سدس العبد والى صاحب الهاشمة ثلثه والى صاحب
المنقلة نصفه لان لصاحب الموضحة خمسية ولصاحب
الهاشمة الف ولصاحب المنقلة الف وخمسية فاقسما الرقبة

١٩٦
على ذلك فان غضب العبد غاصب فمات في يد الغاصب او قتله
قاتل فغرم قيمته فان القية سراصحا بالجناية تقسم بينهم على ما كانت
الرقبة لقسم عليه وليس في القية للمولى خيار ليس فيها غير الدفع
وذلك لان القية اذا كانت اقل من الارش فلا فائدة في تخيير المولى
بين تسليمها او تسليم ما زاد عليها فتعين الدفع وليس كذلك العبد
لان في تخيير المولى فائدة لا ترى ان الانسان قد يختار العبد
القليل القية لغرض فيه فيبدل فيه اكثر من قيمته واما تعلق
حق ولي الجناية بقيمة العبد لانها بدل عن الرقبة التي تعلق بها
حقه قال ولو قتل العبد عبد الرجل فان مولى العبد الثاني يقال
له ادفع عبدك بالعبد المقتول او افد بقيمة المقتول لان حكم
العبد الثاني في الجناية حكم العبد الاول فان فداه بقيمة المقتول
فسمت القية بين اوليا الجناية الاول ما بينا انها قامت مقام الجاني
وليس في التخير فائدة فان اختار مولى الثاني دفعه الى مولى المقتول
بعد خير مولى الاول في العبد الذي اخذ بعبد وان شاد دفعه
بالجنائيات وان شاد فداءه بجميع ارشها وذلك لان الثاني قام مقام
الاول يتعلق به في حكم الجنائيات ما يتعلق به وفي التخير فائدة
تخير المولى فيه كما كان تخير في الاول قال ولو لم يقتل العبد الجاني
ولكن قطع عبديك فدفع بيدك فان مولى العبد القاتل تخير في الدفع
والفدا على ما وصفت لك فان اختار الدفع دفع العبد وما دفع للجناية

عليه وكذلك لو قطع ببد العبد القاتل رجل حر فغرم ارش يده فان المولى
اذا اختار الدفع بدفع ارش القاتل معه ذلك لان العبد القاتل
قام مقام اليد فكان حوق ولي الجناية متعلق بمقام مقامها قال ولو كان مولى
العبد الاول اختار الدفع وللعبد كسب كسبه بعد جنائته او كان للثاني
امة فولدت بعد الجناية ولد اثم اختار المولى الدفع لم يدفع الكسب ولا
الولد ودفع الام دون كسبها وولدها وذلك لان الحقوق المستقرة في
الرقاب لا تسري الي الاكتساب فالحقوق التي لم تستقر اولى واما الولد فلان
حق الجناية غير مستقر في الرقبة الا نزي ان المولى يخبر بين ان يعينه في
الرقبة وحين نقله عنها الي الفداء والحقوق التي لم تستقر لا تسري الي
الولد لانها جنائية فلا تسري الي ولد الجناية كجناية العبد قال واذا قتل
العبد قتلا خطأ فخير الولي بين الدفع والفداء فاختر الفداء ثم علم انه فقير
لا شيء معه كان الدية لان منزلة وهي دين على المولى وهذا قول ابي حنيفة
وسواء كان خيار المولى عند القاضي او غيره وقال ابو يوسف ومحمد
ان ادي المولى الدية والادفع العبد الا ان يرضي الاوليا ان يسعوا
المولى بالدية فان رضوا بذلك لم يكن لهم بعد ذلك ان يرجعوا في العبد
وقد روي عن ابي يوسف انه قال يقال للمولى اما ان تدفع الدية
حالة والاتبع العبد فيها وجه قول ابي حنيفة ان الجناية
غير مستقرة في الرقبة فللمولى الخيار فيها فاذا اختار انتقل
الحق منها الي الدية فلم يعد وان كان معسرا كما لو سلم البائع للبيع

الي المشتري ثم ظهر اعساره وجه قولها ان المولى يملك نقل الجناية
في الرقبة الي الارش فاما ان يملك اسقاط الحق فلا ومن كان معسرا
اسقط الحق عن الرقبة ولم يسلم للمولى شيء فلم يجز ذلك واما الرواية
التي قال يباع العبد فعلي اصل ابي يوسف في الخيار لان الارش
صار دينا عليه فاذا لم يقضه سعى ماله فيه واما قوله وسواء
كان ذلك بقضا او بغير قضا فقد ذكر المسئلة في اختلاف ابي
يوسف ورفر قال ابو يوسف ان كان الاختلاف بقضالم يصح
وان كان بغير قضا صح وقال زفرهما سوا وجه قول ابي يوسف
ان الاختيار اذا كان بغير قضا صار في حكم ما تم بالتراضى بدلالة
ان من استنراد ارا بعيد فاخذها الشفيع بالشفعة بغير
قضا ثم استحق العبد او لم ينقص احده كما لا ينقص الشرا
ولو كان الاخذ بقضا فاستحق العبد بطل الاخذ لان الحاكم بان
له ان القضا وقع بغير حق فكذلك في مسلتنا اذا وقع التخيير
عند الحاكم ثم بان الاعتبار فالحاكم لا يسقط حق ولي الجناية
من غير عوض يسلم له واذا كان بغير قضا فاختار المولى كالتراضى
لوتراضيا بذلك جاز وجه قول زفر ان صحة الاختيار لا تقف على
القضا فصار وجود القضا وعدمه سواء قال فان قطع عبد
يد رجل فاختر المولى الدفع فدفعه الي ولي الجناية ثم مات المقطوع
من القطع والدفع على حاله وذلك لان الرقبة على ملك المجني عليه

ولو كانت علي ملك الجاني فسلمها سقط الحق عنه فاذا تقدم التسليم
قبل ذلك لم يلزمه شيء قال ولو كان المولي اختار ان يدفع الي ولي
الجناية ارش بدين فدفعت ثم انتقض القطع فمات المقتوع من القطع
فالقياس ان يكون هذا اختيار للفداء ويلزمه الذمة وهو قول
ابي يوسف الاخير والاستحسان ان تخير خيارا مستقبلا وهو
قول ابي يوسف الاول وقول محمد وجه القياس ان المولي لما اختار
اعلن الجناية عن الرقبة الي ذمته فلزمه حكم السراية باختيار اصلها
فكانه اختار بعد السراية ولانه لو اعتق بعد القطع ثم مات
المقتوع كان ذلك خيارا وكذلك اذا اختار الارش لان كل واحد من الامرين
يوجب نقل الجناية من الرقبة الي الذمة وجه الاستحسان ان المولي
انما اختار الارش لغلته فاذا زاد تغير حكم الاختيار والدفع ممكن
فكان له ان يختار وهذا كما قالوا فيمن بلغه بيع الدار بالف فسلم الشفعة
ثم بان انها بيعت باقل كان له الخيار مستقبل كذلك هذا ولانه اختار
ارش اليد وذلك ليس بحق لولي الجناية وانما حق النفس فاختياره
فيما ليس بحق لا يتعلق به حكم قال فان قتل العبد رجلا خطأ وعلي
العبد القتال دين فان للمولي تخير في الدفع الي اولى الجناية او الفداء
فان اختار الدفع فدفعت سعة غرماء فباعوه في دينهم فان فضل
من الثمن شيء كان لاصحاب الجناية وان لم يفضل من الثمن شيء لم يكن لان
اوليا الجناية شيء وان نقص ثمنه عن دينهم لم يكن للغرماء علي المولي ولا

١٨٨
علي احد دين حتى يعتق العبد فسدع بما بقي من دينهم وذلك لان
حق الغرماء في الرقبة لا يمنع من ثبوت الجناية كما لا يمنع حق الملك
من ثبوت حكم الجناية فاذا اجتمع المعتقان بدا القاضي بدفعه
في الجناية ثم بيع في الدين لان دفعه بالجناية لا يبطل حقوق الغرماء
وتبعه في الدين يبطل حق ولي الجناية فكان البداية بما جمع الحقتين
اولي من البداية بما يسقط احدهما فاذا بيع العبد ففضل شيء من
ثمنه فهو لولي الجناية لانه بيع علي ملكه وان فضل من دينه تاجر
الي حال الحرية لان المولي لا يلزمه من دين العبد الا مقدار الرقبة
والكسب فتقالوا ان المولي لو دفعه الي اوليا الجناية بغير قضا قاضي
لم يضمن لاوليا الدين استحسانا ذكره في الماذون وجه القياس ان
ملك الرقبة بعد تعلق الدين بها فكانه باعها وجه الاستحسان
انه فعل ما لو دفع الي القاضي لفعله فوقع الدفع للجناية ولزمه
الارش ان كان عالما بالخيار والغفلة او يكن عالما لان دفعه بالدين
تمليك الرقبة والمولي اذا ملك عبده الجاني صح تملكه وضمن للغرماء
وقالوا لخاصه صاحب الدين في ماله فاقام البيينة ولا يعلم
بالجناية فباعه القاضي في الدين ثم حضر صاحب الجناية ولا
فضل في الثمن عن الدين فقد سقط حق ولي الجناية لان القاضي
لا يلزمه ضمان فعله فلو فسخ البيع ودفع الجناية رد البيع وسقط
حقهم وليس هذا كبيع المولي لان الضمان يجوز ان يلزمه بفعله فصار

بالبيع ضامنا ذكر هذه المسئلة في المنتقا قال فان اقر العبد بجناية وهو
ما دون في التجارة او محجور عليه فاقراه باطل فان عتق بعد ذلك لم يسع
لبشي من الجناية اما المحجور اذا اقر بجناية الخطا فلانه اقرار بمال فلا يتعلق
به حكم علي اقراره بالدين واما الماذون فاقراه جائز بالديون التي تلزم بالسبب
الذي اذن المولي فيه وهو التجارة وما يتعلق بها فاما الجناية فلم ياذن فيها المولي
فالماذون فيها كالمحجور وانما لم يطلب باقراره بعد عتقه لان جناية العبد
لازمة للمولي فلم يغرب شي على نفسه فلا يلزمه بعد عتقه وكذلك لو اقر بعد
العتق انه جناح الرق لم يلزمه شي لانه اضاف الجناية للحالة متقدمة
وتلك الحالة لا يلزمه فيها بجنايته شي قالوا اذا قتل العبد قتلا وهو مقطوع
اليد او اعور قد اخذ المولي ارش يده وعور ممن فعل ذلك فاختر دفعه بالجناية
دفعه على الحال التي هي عليها وسلم ما اخذ المولى للمولى وذلك لان حق ولي الجناية
لم يتعلق الا بشفه ناقصة وقد سلمت له على الوجه الذي تعلق حقه بها فلم
يثبت له في الارش الذي هو بدل عما يتعلق حقه به قال فان قتل قتلا خطأ
ثم قطعت يده بعد الجناية واخذ المولى الارش ثم قتل اخر بعد قطع يده فان
ارش يده يدفع الى ولي الجناية الاول ثم يدفع العبد اذا اختار المولى الدفع الى
اوليا الجناية الثانية على تسعة وثلاثين جزوا وذلك لان حق ولي الجناية الاولى
تعلق بالرقبة وهي كاملة فتعلق حقه بالارش لانه بدل عما يتعلق حقه
به فاما ولي الجناية الثانية فانما يتعلق حقه برقبة ناقصة فلاحق
له في الارش وانما يراحم في الرقبة وقد فرض المسئلة في ان قيمة العبد

عنده الف وارش يده خمسمائة اذا استوفاه الاول بقي من حقه
تسعة الف وخمسمائة وحق الثاني عشر الف فاجعل كل خمسمائة
جزا فيكون للاول تسعة عشر جزا والثاني عشرون فيقتسمان الرقبة
على ذلك قال فان اختلف ولي الجناية والمولى فقال المولى قطعت يده
قبل الجناية وقال ولي القتل بعد الجناية قال قول قول المولى مع يمينه
وعلى اهل الجناية البينة وذلك لان ولي الجناية يدعي استحقاق
مال في يد المولى والاصل عدم الاستحقاق ولانه يدعي تقدم الجناية على
القطع وذلك تاريخ لا يعلم الا بقوله ولو شج رجلا موضحة خطأ وقيمة
الف ثم قتل اخر وقيمة الفان فان اختار المولى الدفع دفعه بينهما
على احد وعشرين جزوا واحدا لصاحب الموضحة وعشرون لولي القتل
ويشتركون في الزيادة وان كان عمي بعدا لقتل الشجة فهو مثل
ذلك يكون ناقصا بينهما يشتركان في النقصان وذلك لان حق ولي
الجناية متعلق بالرقبة فزيادة قيمتها بعد تعلق حقه كزيادة ثمنها قبل
فاما النقصان فهو كلف جزء من الرقبة ولو تلف الرقبة كلها كانت
من حقه فكذلك اذا نقصنا فاذا ثبت هذا صر صاحب الموضحة
بخمسمائة وصاحب النفس بعشرة الف واجعل كل خمسمائة جزوا
تكون اليه عشرين جزا يقسمان الرقبة على ذلك **فصل**
وما يلحق هذا الباب ما ذكره محمد في الاصل في العبد اذا قتل رجلا
ثم قتلته امة لمولاه خطأ قيل للمولى ادفعها او افدها بقيمة العبد

وذلك لان تعلق حق اوليا الجناية برقبة العبد جعل مولاه فيه كالاجنبي
فكان امه لغير المولى قتلتها فيجبر مولاهامولاها بين دفعها او فداها
بقية المقتول فكذلك تجبر مولى العبد بين الامرين فان قتل العبد
رجلا خطأ وقتلت امه لرجلا خطأ ثم ان العبد قتل الامة فان اخطار
المولى الفداء فداء بالدية وبقيمة الامة لان الجنايتين تعلقتا برقبته
فيفدا بارشهما فان اخطار الدفع صرب في العبد اوليا قتل العبد
بالدية واوليا قتل الامة بقيمة الامة لا ركل واحد منهم ثبت له
في رقبته هذا القدر فيضرب بمقدار حقه وقالوا في العبد اذا جني
فداءه المولى ثم جني قتل مولاه ادفعه او افده لان الرقبة تفرعت
من الجناية بالفداء صار حكم الجناية الثانية حكم الاولى وليس كذلك
اذا جني ثم جني قبل الاختيار لان الرقبة لم تنفرد من الجناية فتعلقت
لجنايتان برقبته فيدفع فيهما **فصل** وقالوا في العبد
اذا جني فقال الذي هو في يده هذا عبد فلان او دعه عندي فان
اقام البينة على ذلك دفع الخصومة عن نفسه لانا بينا ان العبد
وصل اليه من جهة غيره وان الغائب اقامه مقام نفسه في الحفظ
دون احكام الجناية فلم يلزمه حكمها فان لم تقم له بينة قيل له ادفعه
ان حكم الجناية متعلق به فاذا اصابه على غيره لم يقبل بغير بينة فان
اخطار الفداء ثم حضر الغائب وصدقه فهو متطوع في الفداء لانه
قد املك غيره بغير امره وقد كان يمكنه ان يتخلص من الفداء بالدفع فاذا

اختار كان مستبرعا وان اختار الدفع ثم حضر الغائب فصدقه قيل له ان شئت
فاصفح الدفع لان النصف بقى اسند الي الاقرار الاول فصار مالكا للعبد من
ذلك الوقت وقد دفعه من ليس بملك فان شئنا اختار دفعه وان شئنا
فصفح وفدا **فصل** وقالوا فيمن في يده عبد اقرب له لرجل
واقرب عليه بجناية هو على ثلاثة اوجه ان صدقه المقر له في الملك
والجناية قيل للمقر له ادفعه او افده بالارش لانهما تصاد قلبي الملك
وعلى الجناية فكان ذلك كان معلوما ولا يكون الذي في يده العبد باقراره
بعد الجناية مختارا لان الاقرار لا ينقل الملك وانما هو اخبار عن ملك
سابق وقال انه فريكون مختارا لان الملك له في الظاهر وقد انتقل
بالاقرار بعد الجناية واما ان صدقه المقر له في الملك وكذبه في الجناية
فلا شيء على واحد منهما في الجناية لان الذي في يده عبد اقرب جناية على ملك
غيره والمالك لم يقرب في عبد بشي الا ان يكون الذي في يده العبد قد كان ادعي
هذا العبد لنفسه فيكون مختارا لانه في حكم من يملك الملك باختياره وانما ان كذبه
المقر له في الملك قيل له ادفعه او افده لان الاقرار بطل بالتكذيب فكانه لم يكن
فصل وقالوا في العبد اذا قتل رجلا وله وليان فدفعه المولى الى احد
فقتل في يده اخر ثم حضروا المقتول الثاني وولي المقتول الاول والمولى قيل
للمدفع اليه ادفع نصف العبد الى ولي القاتل الثاني او افده منه بنصف الدية
لان الدفع صح في نصف العبد فحني على ملكه فخطب حكم جنايته ثم يقال له رد
النصف الاخر على المولى لانك اخذته بغير حق ويقال للمولى ادفعه الى ولي الجناية

الثانية وولي المقتول الاول الذي لم يدفع اليه او افد منه فان
اختار الفداء فلا ضمان عليه لان ولي الجناية الاول استوفى حقه بالفداء
فلم يتو له شيء يطالب به وان اختار الدفع دفع هذا النصف اليهما
نصفين لان حوكل واحد منهما ثابت في نصف لنفسه فتساويا فيه
فتسليم لولي الجناية الثانية ثلثة ارباع العبد وولي الجناية الاولى
ربع العبد ثم لا تخلوا اما ان يكون دفع العبد كله الى الاول بقضا او
بغير قضا فان كان دفع بقضا قاضي فلا ضمان عليه وانما الضمان على
ولي الجناية الاولى لانه قبضه فارغافرده مشغولا بالجناية وقد
كان قبضه بغير حق وان كان الدفع بغير قضا فولي الجناية الاولى
بالخيار ان شاء اخذ ربع القيمة من المولي وان شا اخذ من القابض حتى
يسلم له نصف العبد رבעه لحم ودم وربعه دراهم فان اتبع المولي
رجع المولي على القابض لان العبد كان في ضمانه وان اختار ابتاع القابض
لم يرجع على المولي شي لان حاصل الضمان عليه قال ولو قتل العبد قتيلين
خطا فدفعه المولي الى احدهما فقتل عنده قتيلا اخر واهما جميعا فان
القابض يرد نصف العبد ويدفع النصف بالجناية لما ذكرنا ان عليك
في النصف صحيح وقد جني في ملكه والنصف الاخر قبضه بغير حق فرده
ثم قال للمولي ادفع النصف الذي رد عليك او افد فان اختار الفداء
افدي للثالث خمسة الاف لان النصف قد وصل اليه من جهة
الذي اخذ العبد ويغدي لولي الثاني الذي لم ياخذ بعشرة الاف لان

حقة قد وجب لجميع الدية في الابتداء ولم يصل اليه شيء وان اختار الدفع فانه يدفع اليها
بمرو الثاني عشرة الاف وللثالث خمسة الاف فيصير هذا النصف بينهما اثلاثا
ثلثاه للثاني وثلثه للثالث وقد بقي من حق الثاني السدس لان حقه كان
نصف العبد وقد سلم له ثلثا النصف وبقي ثلث النصف وهو سدس
جميع العبد فان كان الدفع بغير قضا قاضي فله ان سعى اليهما شا فان اخذ
من المولي رجع المولي على القابض ولو اخذ من القابض لم يرجع على المولي وان
كان الدفع بقضا فله ان سعى القابض خاصة لما ذكرنا في الفصل الاول
فصل واذا قتل العبد قتيلا حظا وقعا عين اخر فدفع المولي
الى المفتوق عينه فقتل عنده قتيلا اخر فان المفتوق عينه قد اخذ ثلثه
بحق وثلثيه بغير حق فالثلث الذي اخذ بحق يومر بدفعه او فداءه وعليه
ان يرد ثلثي العبد الى المولي ثم يخبر المولي بين الدفع او الفداء فان فداءه
فانه يغدي من الاولى عشرة الاف ومن الثاني بثلثي الدية وهو ستة
الاف وثلثا الالف فان اختار الدفع دفع اليهما ثلثي العبد يقتسمانه بينهما
فيضرب فيه الاول بعشر لاف والثاني بسبعة الاف وثلثي الالف فاجعل
كل الف سهمي فيصير ثلثا العبد على ستة عشر سهما وثلثين وكل العبد
خمس عشرة وعشرون ثلثا العبد قد كان اخذ الاخر وسى بهما سهمي وملكه لهما
العبد صار بينهما لاحد ما عشرة وللآخر ستة وثلثان ثم للاول ان
يرجع على القابض ستة الاف اجزا من ستة عشر جزوا وثلثين من ثلثي
قيمتها لانه قد فات حقه بذلك المقدار بسبب كان في يده فكانت تلفه عنده

فان كان الدفع بغير قضا قاضي فله ان ياخذ من ايها شاكما ذكرنا في الفصل
 الاول وطريقة اخرى وهو ان يقول لانه اذا دفع ثلثي العبد اليهما
 ضرب احدهما بالدية والاخر بثلثي الدية واجعل كل ثلثه بينهما فيصير
 ثلثا الدية سهم والدية ثلثة اسهم فيصير ثلثا العبد على خمسة
 اسهم للاول ثلثه وللآخر سهمان ويصير الثلث الاخر سهمين ونصف
 فيصير جميع العبد على سبعة ونصف وقد وقع فيه كسر فاضعه
 فيصير خمسة عشر للثلثين منه خمسة وقد دفع الى الاخر وثلثا
 العبد عشر تقسم بينهما فيضرب الاول بثلثة اخماسه وهو ستة
 اسهم وللآخر باربعة اسهم ثم يرجع الاول على الفا بقس ثلثي قيمة
 العبد **فصل** قال واذا قتلت الامة قتيلا خطا ثم ولدت ابنتا
 فقتلت ابنتها قتيلا خطا ثم ان البنت قتلت الامة فالمولي بالخيار
 ان شادفع البنت اليهما وان شاء فدا فان اختار الفدا فدا الاوليا
 قتل البنت بالدية والاوليا قتل الام بقيمة الام لانه قد اجتمع
 عليه في رتبة البنت جناية الاجنبي وجناية الام فيفديها بتلك
 الجناية وان اختار الدفع دفع اليهما فيضربان فيها على احدي عشر
 اذا قدرنا ارش الام الف لان الدية عشرة الاف ولولم يقتل البنت
 الام ولكنها فقات عينها فهذا على اربعة اوجم اما ان تختار المولي
 دفعهما او فداهما فدا الام ودفع البنت او فدا البنت ودفع
 الام فان اختار دفعهما فانه يدفع الام الى اوليا قتل الام ويدفع الابنة

الى اوليا قتل الالمبنت والى اوليا قتل الام فيضرب فيها اوليا قتل البنت
 بالدية واوليا قتل الام بنصف قيمة الام لانه اكلت احدي عينيها وهو
 النصف واما اذا اختار فداهما فانه فدى لكل فدين تمام الدية وسقط
 جناية البنت على الام لانهما ملكه فصار مخلصا في الجناية وان اختار دفع
 الامر فدا البنت فانه يدفع الام الى اوليا قتل الام ثم يغدى لاوليا
 قتل البنت بالدية واوليا قتل الام بنصف قيمة الدية وان اختار
 دفع الابنة فدا الام فانه يدفع البنت الى اوليا قتل البنت ويغدى
 لاوليا قتل الام بجميع الدية لانه لما فدا الاوليا قتل الام تبين ان البنت
 جنت على الام وبها الانسان واحد فلا يجب بجنايتهما شي فلم يسقط في البنت
 الاجنابية واحدة قال ولو ان الام فقات بعد ذلك عين البنت قبل ان
 تدفع واحدة منهما فان المولي يخير فيها جميعا يبدأ بالبنت لانهما هي
 التي بدأت بالجناية فندفع اليهما فتضرب فيها اوليا قتل البنت
 بالدية واوليا قتل الام بنصف قيمة الام ثم تدفع الام فتضرب فيها
 اوليا قتل الام بالدية الا ما وصل اليهم من ارش البنت وتضرب فيها
 اوليا قتل البنت بنصف قيمة البنت لان كل واحدة منهما جنت جنايتين
 فوجب ان تدفع كل واحدة منهما بجنايتهما وقد اعترض على هذا الجواب
 وقيل ينبغي ان يدفع البنت في الابتداء فتضرب فيها اوليا قتل الام بنصف
 قيمة الام واوليا قتل البنت بالدية الا ما يصل اليهم في المستانف
 لانه يصل اليهم بعض الام فينبغي الا يضربون بتمام الدية والصحيح ما في

الكتاب لان البنت حين دفعت كان حق اولياء البنت في تمام الدية
ولم يكن وصل اليهم شي فوجب ان يضربون بجميع ذلك والزيادة
التي نصير اليهم في المستنافه عبة بها لان الغنمة قد صحت
وقت الدفع فلا تتغير بعد ذلك كما قالوا في رجل مات ورجل عليه
الف ولا خرافان وترا الف درهم فاقسماها اثلاثا ثم ان صاحب
الاغنياء ابراعن الالف فان الغنمة الاولى لا تنتقض فكذلك هذا
فصل واذا جنت الامة جناية ثم ولدت ولدا فقطع ولدها
يدها فان المولى يدفع الولد مع الام لان الولد في حكم الجناية كعبد اجنبي
ولو ان عبد الاجنبي قطع يده هذه الامة كان ولي العبد بالخيار ان
شادفعه وان شافداه بنصف قيمة الامة فكذلك هذا ولو ان عبد
اجنبي على هذه الامة فهو على ثلثة اوجه اما ان يكون جنى بعد جنايتها
او قبل جنايتها او اختلفوا في ذلك فان كان جناية العبد بعد
جنايتها فان مولى العبد بخير بين الدفع والفداء اذا دفع او فدا
واختار مولى الامة دفع الامة فانه يدفع الامة مع ذلك الارش لان
حق اصحاب الجناية وجب في رقبة تامة والارش قام مقام بعضها
فوجب ان يدفع معها وان كانت الجناية عليها قبل جنايتها فارشها
يسلم للمولى لان حق اصحاب الجناية وجب في رقبة ناقصة فان اختلفوا
في ذلك فالقول قول المولى لان اصحاب الجناية يدعون الحق في الارش
مع الرقبة فلا يقبل قولهم **باب العبد اجنبي**

فحدث

في حديث المولى فيه ما يكون اختيارا ولا يكون
قال ابو الحسن اذا قتل العبد قتيلا خطافا خرج المولى من ملكه
بييع او بغيره او اعتقه او دبره او كانت امة فاستولدها او اقربه
لرجل وهو يعلم بالجناية فهو مختار وعليه الدية وان كان لا يعلم
فعليه قيمة عبد وذلك لما بينا ان المولى بخير في جناية العبد
بين الدفع والفداء ومن خير بين امرين ففعل ما يدل على اختيار
احدهما او ما يمنع من اختيار احدهما بعرض عليه الاخر ومعلوم
انه اذا باعه او وهبه فقد تعذر عليه الدفع فصار بذلك مختارا
للفداء ولذلك اذا اعتقه لان الدفع تملك فلا يصح في الحر وكذلك
التدبير والاستيلاء يمنع من نقل المملوك في الرقبة فتعذر الدفع
بفعل المولى فاما اذا اقربه لغيره فقد ذكر في الاصل انه لا يكون
مختارا وفي الاصول انه يكون مختارا وهو الذي ذكره ابو الحسن
وجه ما في الاصل ان الافرار لا يوجب سقوط حق ولي الجناية
وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون الامر على ما قال المقر فكان
البينة قامت بالملك وجه الرواية الاخرى ان العبد على ملكه
في الظاهر فاذا اقربه استحققه المفزله باقران فصارك لو باعه
او وهبه وانما قلنا انه اذا فضل ما يكون به مختارا وهو لا يعلم
بالجناية فعليه قيمة عبد اذا كانت اقل من الارش لان الاختيار
انما يكون مع العلم فاما مع عدم العلم يستحيل انه يوصف بالاختيار

الا انه منع التسليم بفعله مع تعلق ولي الجناية فلزم قيمته لانه لم يتلف
 الا ذلك قال وكذلك ان كانت جنايته فيها دون النفس ففعل شيئا من هذا وهو يعلم
 فعله ارش الجناية وان كان لا يعلم فعله الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان الجناية فيها
 دون النفس بخير فيها من الدفع والفدا كالنفس فاذا فعل ما يمنع من الدفع وهو
 عالم صار مختارا وان كان غير عالم به لزمه الاقل لان الارش ان كان اقل فلاحق لولي الجناية
 فيما زاد عليه وان كان اكثر فلم يتلف المولى الارقية العبد فلزمه ذلك وقد قالوا
 في عبد قطع يد رجل فوهبه مولاه له فلا شيء على المولى ان باعه من المجني عليه كان مختارا
 لانه لو لم يهبه امكنه التخلص من الجناية بتسليمه فلو ضمنه لفننه لانه وهبه والهبة
 لا توجب الضمان فاما البيع فيجوز ان يوجب الضمان على الدافع فصار كما لو باعه من اجني
 لان الهبة تقع البيع موقع الدفع المستحق لانه ملك بغير عوض والبيع لا يقع موقعه
 لانه تمليك بعوض ولو ان المولى المجني عليه تعيب فلا يعتبر ضمان المولى مختارا
 اذا كان عالما بالخيار لان المجني عليه قام مقامه في العتق فكانه اعتقه بنفسه
 قال وان ضربه ضربا اثريه ونقص وهو يعلم بالجناية فهو مختار وان كان لا يعلم
 فعله الاقل من قيمته ومن ارش الجناية الا ان يرضى ولي الدم ان ياخذ به
 ذلكا لنقصان بغير ضمان يلزمه كذلك لنقصان وهذه السلسلة اطلق
 جوابها في الاصل فقال يكون مختارا وانما روي عن ابي يوسف انه قال هذا
 التفصيل مجمل ابولحسن ما اطلقه في الاصل على تفصيل ابي يوسف والدليل
 على انه يكون مختارا انه جلس جزا من العبد بفعله ومنع من تسليمه فصار
 كانه قال اجرت بعضه دون بعض فيكون مختارا لجميعه والذي قال ابو يوسف

فيجوز ان يكون قولهم لان المنع من الدفع منع النقص انما يثبت بحق ولي الجناية
 فاذا رضى به فكانه نقص بافه من السما قال ولو ضربه المولى فابيضت
 عينه خطأ وهو يعلم بالجناية فهو مختار فان ذهب البياض قبل ان
 يخاصمه فانه يدفع او يغدي وليس هذا باختيار وذلك لان بياض العين
 يمنع من الدفع للنقص الحاصل وذلك للنقص مراعا لجواز ان يزول فاذا
 زال فكان لم يكن قال ولو خوصم في حال البياض فضمنه القاضي الدية وقد كان
 الضرب من المولى وهو يعلم بالجناية ثم ذهب البياض فالقضاء نافذ لا يرد لان تعذر
 الدفع كان سراعا فلما حكم الحاكم باحد الوجهين المراعاة اسقط الاخذ وان
 استخدمه بعد العلم بالجناية فسقطت بالخدمة فلا ضمان عليه ولا يكون
 هذا اختيارا وذلك لان الخدمة لا تختص بالملك فلا يدل على اختيار الملك
 ولهذا قالوا في العبد المشروط فيه الخيار اذا استخدمه المشتري ان خياره
 باق فلذلك لا يدل على الاختيار في مسيلتنا ولا يضمن المولى تعطيه من
 الخدمة لانه ليس بتعدي في استخدامه الا ترى ان منافع على ملكه
 لموته من الخدمة كموته بافه من السما وكذلك لو كان عليه دين فاستخدمه
 لم يضمن للغرماء ما بينا ان المنافع على ملكه فاستخدمه ليس بتعدي منه
 قال وكذلك لو كانت امة فوطيها فليس الوطي باختيار وانما هو كالخدمة
 فان عقلت وهو يعلم فعله الدية ومن اصحابنا من قال روي عن ابي
 يوسف ان الوطي اختيارا وهذا انما هو في وطى البنت فوجه قولهم المشهور
 انه استوفى منفعة على ملكه فيما يوجب بقضا في العين ولا يمنع الدفع كالاخذ

وليس هذا كوطي البكولانه ائلاف لجز منها من طريق المشاهدة وجه قوله
 ابي يوسف ان الوطي لجز منها جري مجري ائلافه الا ترى انه اذا حصل في ملك
 الغير لم يحل من معني يجب به اما عتق واحد فاما اذا عقلت فقد تعذر الدفع
 فيها بالاستيلاء فصار مختارا قال فان اخذ فان الحاكم ينقض الاجارة ويقول
 له ادفع او ادف وقد اختلف جواب هذه المسئلة في نسخ كتاب الديارات لمحمد فقال
 في بعض النسخ ان الاجارة والرهن ليسا باختيار ولكن القاضي يفسخهما
 ويخير ووجه ذلك ان الاجارة تفسخ بالعدو وتخلو حق الجناية بالرقبة
 عذرة في الفسخ فلم يتم العقد فلا يصير به مختارا وكذلك الرهن يزول عنه
 بد المرتن بغير اختيار اذا قضاه الراهن الذي فصار كالودعة وقال
 في بعض النسخ يكون اختيارا فوجهه ان الاجارة والرهن يتعلق بهما استحقاق
 بيد المولى فصارا كالبيع قال وان اذن له في التجارة فاستدان دين فان
 الحاكم يخير ان شافداه وان شاد دفعه بالجناية فان اراد دفعه فليس
 له ذلك الا ان يرضى المجني عليه ان يعمله وسعه الدين عنده وانما
 لم يصير بالاذن له في التجارة مختارا لان الاذن لا يزيل ملكه ولا يمنع
 دفعه فصارا كالاستخدام فاذا حقه دين فقد نقصت الرقبة
 بسبب من جهة المولى فلولى الجناية ان يمنع من قبوله ناقضا بالدين
 ويلزم المولى الغية لانه غير مختار بالاذن فلا يلزمه الارش فاذا
 بطل الدفع من غير اختيار وجبت الغية هكذا ذكر محمد في الاصلية
 وقد قيل ان محمدا اجاب حاصل الضمان والا فالاعتذار ان يدفع بالجناية

فان اتبعه الغرماء فباعوه في يد المجني عليه رجع المجني بقيمته على المولى لانه
 استحق من يده بسبب من جهة المولى قال وان وطى امة جنت وهي بكر
 فهو اختيارا اذا كان عالما بالجناية لانه حبس بالوطى جزا منها فكانه
 اختار بعضها قال ولو كاتب المولى العبد الحاني ثم عجز فان كان بعد العلم
 بالجناية فعليه الارش في قول ابي حنيفة وابي يوسف وان كان
 لا يعلم فانه يقال للمولى ادفعه او ادفن قال ابو يوسف ليس الخصومة
 بعد ما يعجز وقبل ان يعجز سواء وهو مختلف لانه لا يقدر على دفعه
 بالجناية وهو لا يقدر على دفعه اذا عجز وقد روي عن ابي يوسف
 ان الكتابة اختيار وجه رواية الاصل ان الكتابة لا توجب ذوال
 الملك والدفع فيها مراعاة الجواز ان يعجز فيمكن فيه التسليم فاذا عجز صارت
 الكتابة كالمكره واما اذا خاصمه في حال الكتابة فقد تعذر الدفع
 فنقض القاضي بالارش واذا عجز بعد ذلك لم يتغير وجه قوله ابي يوسف
 ان الكتابة عقد يوجب ذوال بيد المولى عنه كالبيع ولانه لا يعود
 الي يده الا بسبب من فعل غيره فصارا كالبيع وقد قالوا في الكتابة
 الفاسدة انها اختيار والبيع الفاسد ليس باختيار حتي يسلم
 والفرق بينهم ان عندنا الكتابة الفاسدة كقبض البيع بدلالة
 تعلق العتق بكل واحد منهما والعتق الفاسد لا يتعلق العتق به
 فهو كاجاب بلا قبول ولو باعه بيعا ثباتا ثم رد عليه بعيب
 بقضا قاضي فهو مختار للديه وذلك لان البيع يوجب ذوله ملكه

عن العبد فتقدر الدفع ويعتبر الفداء على ما بينا ان من خير بين امرين
ففعلم ما يمنع احدنا من غير الاخر قال ولو باعه والخيار للمشتري كان
كذلك في قول اي حنيفة وذلك لان اصل اي حنيفة ان خيار المشتري
لا يمنع من زوال البايع واذا زال ملكه عبد العبد صار كالبيع البتة
فاما على قولها فانه اظهر لان المبيع خرج من ملك البايع ودخل في ملك
المشتري واما اذا كان الخيار للبائع فمصرف المبيع وهو يعلم اولا يعلم
لم يكن مختارا وقيل له ادفعه او افده وذلك لان البيع بشرط الخيار
للبائع لا يوجب زوال ملكه ولا يمنع من الدفع فلا يكون اختيارا
وقد قال اصحابنا ان العرض على البيع ليس باختيارا لانه لا يزيل
الملك ولا يمنع من الدفع قال زفر اختيارا لانه يدل على تيقن الملك
ولهذا سقط خيار الشرط فعلى قول زفر البيع بشرط الخيار اولى ان
يكون اختيارا فاما اذا باعه ببيعان بستانا وهو لا يعلم بالجناية ولم
يخاف فيها حتى رد العبد عليه بعيب بعقد او خيارا روية
او شرط فانه يقال له ادفعه او افده ولا يلزمه الارش لانه لا يصير
مختارا بالبيع لدم عليه بالجناية وانما تعذر الدفع فلما عاد
على حكم ملك الاول عاد بحقوقه فكان الخيار بحاله وقد ذكر في
الاصل ان التزوج لا يكون اختيارا لانه لا يتبع الدفع ولا يوجب
نقصا في العين وانما هو عيب من طريق الحكم فصار كالاقرار
عليه بدين وذكر في الاصل فمن قال لعبد اذا قتلت فلانا

فانت حرقتله صار مختارا وقال زفر لا يكون مختارا فوجه قولهم انه
اضاف العتق الى حال الجناية فكانه تكلم به في تلك الحال ولو اعتقه
بعد قتله صار مختارا فكذلك هذا ولهذا قال اصحابنا فمن قال لزوجه
ان دخلت الدار فوالله لا اقربك ان ابتدا الايلا يكون عتق بالدخول
فكانه تكلم به بعد الشرط وقالوا فمن قال لزوجه اذا مرضت
فانت طالق ثلاثا فمرض وقع الطلاق عليها وورثت لانه كالموقع للطلاق
في حال المرض وجه قول زفر انه لم يوجد منه فعل بعد الجناية يصير
به مختارا وانما عتق بقول سابق ولا حق لولي الجناية عند المهر فلم يكن
مختارا قال واذا خير المولي رجل واحد ليس يعدل فليس مختارا وان خير
رجل ثمة او رجلا ان فاعتقه فان ابا حنيفة قال في ذلك هو مختار
وقال ابو يوسف هو عند واحد ولو اخبر صبي او امرأة او كافرا
او مسلما او فاسقا او عدلا فاعتقه فكان ذلك الخبر حقا وهو مختار
وهو قول محمد وروي الحسن عن اي حنيفة انه لا يكون مختارا حتى
يخير رجلا من عدلان وهو قول زفر والحسن وجه قول اي حنيفة
المشهور هو ان المعتبر في الخبر احد شرطي الشهادة اما العدد
او العدالة ان هذا الخبر اخذ شيها من الشهادة لانه يوجد
الضمان وله شيها بالاختيار لان لفظ الشهادة لا يعتبر فيه فوجب
ان يعطى الشيء حظه من الاصلين فيعتبر فيه احد الشرطين
دون الاخر وجه رواية الحسن ان هذا القول يتعلق به ايجاب

الضمان على المولى كالشهادة فوجه قولها انه خسر من اختيار المعاملة
فصار كسائر الاخبار **باب**
جناية المدير قال ابو الحسن جناية المدير على سيده في ماله
دون عاقلته حالة فاذا قتل المدير رجلا خطا او جنى عليه فيما
دون النفس فذلك كله على المولى في قيمة المدير يكون عليه الاقل من
قيمة المدير وفي ارش جنايته لا يلزم المولى بجناية المدير اكثر من قيمة
واحدة وان كثرت الاروش وجاوزت الى مائة الف سترك من جنى
عليه المدير على اولا واخر تقارب ما بين الجنايات لولم تقاوت
والدليل على ان جناية المدير على المولى ما ذكر محمد في الجنايات ان
ابا عبيدة بن الجراح قضا بجناية المدير على مولاه وذلك بحضرة
الصحابه من غير خلاف وقد كان ابو عبيدة امير الشام وقضايه
تظهر بين الصحابة وذكر عن عمرو بن عبد العزيز وابراهيم مثل
ذلك ولان المولى صار ما نفع من تسليمه في الخيار بالتدبير من
غير اختيار فكانه دبر وهو لا يعلم بالجناية وانما لزمه الاقل
لان الارش اذا كان اقل فلا حق لولي الجناية فيما زاد عليه وان كان اكثر
فلم يتلف المولى بالتدبير الا الرقبة وانما لزمه في جميع الجنايات
قيمة واحدة لان المنع منع واحد والضمان يتعلق به فكان الجنايات
اجتمعت ثم دبره قال وسوا كانت على المولى لم يقتصر منه او كانت
قد قبضت منه فيتضاربون في القيمة بقدر ما لكل واحد منهم

٧ - ٤
في ارش جنايته كما ثبت لك انهم يتضاربون في رقبة العبد الجاني
لان كل واحد منهم يستحق بقدر جنايته فيضرب بذلك قال ويعتبر
بقيمة المدير لكل واحد منهم يوم جنى عليه ولا تعتبر القيمة يوم
التدبير فاذا قتل قتيلا خطا وقيمه يوم قتل الف درهم ثم زادت
قيمه فصارت الف وخمسمائة ثم قتل اخر فان ولي الجناية الثانية
ياخذ من المولى خمسمائة فصل القيمة بحسب ذلك عليه من ارش
جنايته ثم يقسم الباقي وهو الف على تسعة وثلاثين جزوا وانما
اعتبر يوم الجناية لان المولى صار ما نفع بالتدبير السابق من تسليمه
في الحال فكانه جنى ثم دبره فتعتبر قيمته حينئذ وما زاد في القيمة
بعد الجناية لاحق لولي الجناية الاولى فيه لانهما زيادة حدثت وقد
تعلق حقه بالدية دون الرقبة فصار ما ثبت هذا قلنا لما قتل
قتيلا وقيمه الف ثم قتل اخر وقد زادت قيمته خمسمائة فصل
الزيادة لاحق لولي الجناية الاولى فيها فينفرد بها وفي الثانية
وهو محتسب بها من حقه فيبقى له من الدية تسعة الاف
 وخمسمائة وللاول دية بكاملها فاذا جعلت كل خمسمائة منها
كان للاول عشرون وللثاني تسعة عشر فيقسمون الالف
على ذلك قال ولذلك لو كان المولى دفع قيمة المدير الاول خمسمائة
ثم جنى على اخر وقيمه الف فان المولى يدفع خمسمائة فصل

القيمة الى الثاني ثم يتبع الثاني الاول فيما قبض فيكون بينهما على تسعة
وثلاثين جزوا لما بيننا ان الزيادة لاحق للاول فيها فيوديهما الثاني وبعثي
حقهما في الحسمانية فيتضا ربان فيها بقدر الحقين قال ولو قتل المدر
قتيلا خطأ ثم مات بعد الجناية بلا فضل لم يبطل عن المولى القيمة
لانها وجبت في دمه عقيب الجناية فيقال لرقبة وبلها سوا
ولذلك لو جني وقيمته ثم عمي لم يحط عن المولى شي للعما وكان عليه
قيمته تامة لما بيننا ان القيمة وجبت في الذمة فنقضان العين
لا يوثق فيها كما لا يوثق تلغها قال واذا قتل المدر قتيلا خطأ فدفع
المولى القيمة الى ولي الجناية بقضا او بغير قضا ثم قتل اخر فان كان
دفع القيمة بقضا فان الثاني يتبع الاول وان كان بغير قضا فان
الثاني عند ابي حنيفة بالخيار ان شا من الاول ما يخصه وان شا
اتبع القابض بذلك فان احدا المولى رجع المولى الى القابض بما اخذ
الثاني منه وان اتبع القابض ونزل المولى فاخذ منه ما يخصه لم يرجع
القابض الماخوذ منه على المولى بشي وقال ابو يوسف ومحمد الدفع
الدفع بقضا وبغير قضا واحد ويتبع الثاني الاول ولا سبيل
له على المولى وجه قوله ان جنائيات المدر يستند صما نها الى التدبير
السابق الذي صار المولى به ما نفا فكان الجنائيات وجدت بتدبيره
فيتعلق حق جماعتهم بالقيمة فان دفعها المولى بقضا فقد زالت به

٨ - ٢
عنها بغير اختيار فلا يلزمه صما نها وان وقع بغير قضا كان الغريم
بالخيار ان شا ضمن الوصي وان شا شارك الغريم فان اختار المولى
تضمين المولى رجع المولى على ولي الجناية الاول لانه سلم اليه ما ليس
بحقه وان ضمن ولي الجناية الاول لم يرجع على الغريم بشي لان حاصل
الضمان عليه وجه قوله ان المولى دفع الى الاول ولا حق لولي الجنا
الثانية فلم يكن متعديا في الدفع فلم يلزم الضمان قال حوا ولو اعتق
المولى المدر وقد جنا جنائيات كثيرة لم يلزمه الا قيمة واحدة وعتاقه
له وعن عتاقه سوا وذلك لان الضمان غير متعلق بالرقبة والعتق
انما يوجب على المولى الضمان لانه يمنع به الدفع وهذا المعنى لا يوجد
في التدبير قال وجناية امر الولد على المولى وهي في جميع ما ذكرت
لك بمنزلة المدر لان حق الحرية تعلق برقبته كما للمدر ولان المولى
منع من تسليمها بالاستيلاء السابق من غير اختيار قالوا اذا قر
المدر بالجناية لم يجز اقراره ولم يلزمه شي عتق او لم يعتق وهذا
انما نعتي به جنابة الخطا لانها لا رنة لمولاه فاقراره على المولى
لا يتعلق به حكم **باب**
جنابة المكاتب قال ابو الحسن وجناية المكاتب
على نفسه دون سيده ودون العاقله حكم عليه بالاقل من
قيمته ومن ارش جنابته وذلك لان اكتساب المكاتب لنفسه
فكانت جنابته عليه كالجزم من قيمته ومن ارش جنابته وذلك لان

اكتساب المكاتب لنفسه فكانت جنايته عليه كالجزة ولانه هو
 المانع من تسليم رقبته في الجناية بقوله الكتابة فصار كالمولي
 المانع لتسليم المدير بالتدبير لزمته جناية المكاتب المكاتب ولا يقال
 ان المولي هو المانع بعقد الكتابة كما منع بالتدبير لان نفس العقد لا يمنع الدفع
 اذا حصل العجز وانما يمنع البقاء عليه وذلك لحق المكاتب وانما لزمه الاول
 لان الارش اذا كان هو الاقل فلاحق للمولي في اكثر منه واذا كانت القيمة اقل فلم
 يمنع المكاتب مما زاد عليها فلا يلزمه ما لم يمنع منه قال فاذا حكم الحاكم صارت
 ديناً عليه وسقطت من رقبته وما لم يحكم الحاكم فهي في رقبته وهذا قول
 اصحابنا ان جناية المكاتب تتعلق برقبته وقال زفر بن دهمته لما ان الرقبة
 يجوز تسليمها في الجناية لو عجز المكاتب وكل رقبة يتصور امكانها تسليمها
 تغلق الجناية بها كرقبة العبد وجه قول زفر ان رقبة المكاتب لا يصح فيها
 التملك فصار كالحرة والمدير فلا يتعلق الجناية برقبته وفايد هذا الخلاف
 ان المكاتب اذا عجز قبل انتقال الجناية من رقبته قبل للمولي ادفعه
 او افده وقال زفر يباع في الارش فعلي قولنا الجناية في الرقبة وقد امكن
 فيها الدفع فصارت كجناية العبد وعلي قوله الجناية في الذمة فتباع
 فيها اذا عجز كما يباع في الديون ويظهر الخلاف ايضا في المكاتب اذا
 جني ثم جني قبل القضا عليه بالجناية قضى عليه بقيمة واحدة لان الجناية
 الاولى متعلقة برقبته وكذلك الثانية فتتضمن الرقبة عنهما كجنايتي
 العبد وعلي قول زفر حكم في كل جناية بقيمة لانها تجب عنه في الذمة

والذمة لا تتضايق واذا ثبت ان الجناية المكاتب تتعلق برقبته لم ينتقل
 الي ذمته الا باحد معان ثلاث اما بان يحكم الحاكم بارشها عليه او يصطلحوا على
 الارش او يموت ويترك مالا او ولد او ذل لان القاضي اذا قضى فقد كانت
 الجناية موقوفة الحكم لجواز ان يعجز او يدفع او يعتق فيتعذر الدفع واذا
 قضى القاضي الارش فقد حكم باحد جهتي المراجعة فابطل الجهة الاخرى
 وكذلك اذا اصطلحوا ان الصلح يوجب البدل في الذمة فينقل الجناية
 عن الرقبة واما اذا مات وترك وفا فقد حكمنا بعقده في اخر جزء من اجزا
 حسوه ودلنا منع من دفع الرقبة فينقل الحق الي الذمة ولدلنا اذا اعتق
 في حال الحيوة هذه العلة وكذلك اذا ترك ولد لان الولد قام مقامه وتعذر
 دفع الرقبة بالموت قال واذا جني المكاتب جنايات جنائيه بعد جناية
 فلان حكم عليه بشي ثم رافعه الى الحاكم فان الحاكم يحكم عليه بالاقل من قيمته
 ومن ارش الجنائيات التي لزمته وهذا على ما قدمنا ان الجنائيات تتعلق برقبته
 فتتضايق قيمتها قال فان جني جنائيه فحكم عليه بالاقل من قيمته ومن ارشها
 ثم جني جنائيه اخرى فحوصم فيها فان الحاكم يحكم عليه ايضا بالاقل من قيمته
 ومن ارش الجناية لانه لما حكم بالاولى نقلها من الرقبة الي الذمة فصادت
 الجناية الثانية رقبة فارغة فتعلقت بها كالاولى قال وينظر الحاكم
 الي قيمة المكاتب يوم جني في كل جناية فيدفع اليه فيها ولا يعتبر زيادة
 القيمة بعد الجناية ولا بقضاها لان الدفع لو كان عبداً يجب عند الجناية
 فاعتبر ما وقع المنع منه في تلك الحال على ما بينا في المدير قال واذا اقر المكاتب

بجناية خطأ لزمته وحكم الحاكم عليه بها وذلك لان جنايته مستحقة
من كسبه وهو احق باكسابه فنقد اقراره كالحرق فان لم يحكم
حيث عجز بطلت وذلك لان الاقرار صار لازما للمولى لا ترى ان الجناية
لوبيقت لزم المولى الدفع او الغدا فلم يجز اقرار المكاتب في حق غيره
قال وان حكم الحاكم عليه بها ثم عجز بطلت عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد لا يبطل وهي دين وجه قوله ان المكاتب فيما لم يتضمن
الكتاب الاذن فيه باق على اصله حجج بدلالة العرص والكتابة
لا تتضمن الاقرار بالجناية فكان محجورا عليه في الاقرار وانما الزمناه
ذلك لثبوت حقه في اكسابه فاذا عجز زال هذا المعنى فبطل ما
تعلق باقراره وجه قولها ان الحاكم لما حكم عليه صارت الجناية
دينا في ذمته فلا تبطل بعجزه كالواقر بدين ثم عجز قال فان اقر
بجناية فلم يحكم الحاكم بها حتى اذن فغتنق صارت دينا عليه حين
عنتق وذلك لان جنايته تلزمه في اكسابه ولا يلزم للمولى عنه فيتأكد
بعنتقه كالديون التي يقر بها فليس كذلك العبد يقر بالجناية
ثم يعتق لان جنايته على مولاه ومن اقر بحق علي غيره لم يلزمه في
نفسه وعلى هذا الخلاف اذا جني المكاتب جناية بعد فصالها
فلا يصلح جاز في قولهم لان ذلك يودي بالاتباقية الكتابة لا ترى
انه لو لم يصلح اقتض منه فبطلت الكتابة فاذا صالح جاز صلحه
لهذا المعنى فان ادي المالى في حال الكتابة جاز لانه يملك كسبه

فان عجز قبل ان يودي بطل المال عنه في قول ابي حنيفة لان عقد الكتابة
لم يتضمن الاذنه في الصلح وانما جاز في حقه لانه يملك اكسابه فاذا
عجز صار الصلح في حق مولاه فلم يجز وعلي قولها صار المال دينا عليه
بالصلح والدين الذي لم يلزم المكاتب بعنتقه لا يسقط بالعجز كاثمان
البياعات قال الشيخ ومما يلحق بهذا الباب انهم قالوا في المكاتب
اذا قتل قتيل او قيمته اكثر من عشرة آلاف لم يغرم الا عشرة الاف
الا عشرة لان المملوك لا يتقوم بالجناية باكثر من ذلك اصله اذا
جني عليه وقالوا في المكاتب اذا جني جناية ثم مات ولم يترك وفاوتزك
اقل من مال الكتابة فان ما تركه للمولى ولا شيء لصاحب الجناية ان كان
القاضي لم يقض عليه بالجناية لانها متعلقة برقبته عندنا فاذا
مات عاجزا سقطت كالعبد اذا جني ثم مات واما اذا ترك وفاء
بالكتابة فاصحاب الجناية اولي بما ترك لان المكاتب اذا ترك وفا فهو
كالحي بدلالة انا نحكم بعنتقه ولو كان حيا كان ولي الجناية اولي بما في يده
من مولاه وان مات المكاتب وترك مالا وعليه دين وجناية وكتابة فان
كان القاضي قد قضى بالجناية فصاحب الجناية وصاحب الدين سواء لان الجناية
صارت دينا بالقضا واما اذا كان القاضي لم يقض عليه بالجناية فانه يبدأ
بالدين لان الدين ثبت في حال الحرية والرق فكان اقوى فصاحبه اولي شمر
سينظر الي ما بقي من تركته فان كان فيه وفا بالكتابة يدي لصاحب الجناية وان
لم يكن فيه كان ما بقي بعد الدين للمولى لانه مات عبدا فبطلت جنايته قالوا

في المكاتب اذامات وعليه دين بدي بالدين قبل مال الكتابة وحكي عن
قنادة قال قلت لسعيد بن المسيب ان شرحا يقول ان الاجنبي
والمولي يتخاضمان فقال سعيد بن المسيب اخطا شرح وان كان
قاضيا قضا زيد بن ثابت اولى وزيد كان يقول يبدأ دين الاجنبي
وهذا صحيح لان دين الاجنبي ثابت في جميع الاحوال ودين المولى
ثابت في حاله ورجال فبالبداية بالاقوي اولى وليس هذا كما
قيل الموت ان المكاتب يبدأ بآي السوت شأن شايد بن الاجنبي
وان شابا لارث وان شابا مال المكاتب لانه يودي من كسبه ويدر
اكتسابه اليه فكان له ان يبدأ بآي ديونه شاو على هذا قالوا
في المكاتب اذامات وترك ولدا ان ولد له يبدأ من كسبه بآي ديون
شالانه قام مقام المكاتب ويدر كسبه اليه فاما اذامات
المكاتب فالامر في اكتسابه الي الحاكم فيبتدي بقضا الاولي فالأول
قالوا في المكاتب اذاجني ثم اختلف المكاتب وولي الجناية في قيمة المكاتب
فقال المكاتب كانت قيمتي وقت الجناية الف درهم وقال الولي كانت
قيمتك الف درهم وقت الجناية فالقول قول المكاتب في قول أبي يوسف
الاخر وهو قول محمد لان المكاتب ينكر زيادة الضمان وولي الجناية يدعيه
وقول أبي يوسف الاول ينظر الى قيمته في الحال كما قال في المدبر
ذكر هذا الاختلاف في كتاب الجنایات باب

جناية المدبر والمكاتب وام الولد على المولى وجناية

المولى

المولى عليهم

قال ابو الحسن واذا جني المدبر على مولاه او رقيق
مولاه او متناعه فهو هدر كله اما جناية المدبر على المولى فلا تخلوا
ان تكون عمدا او خطا فان كانت عمدا سب ووجبت بها القصاص
لان المدبر مع مولاه في جناية العبد كالاجنبي لا تری ان المولى لا يملك
ان يقر عليه بجناية العمد ولان الله تعالى قال وكتبنا عليهم فيها
ان النفس بالنفس ولم يفصل وقد قال اصحابنا ان المدبر اذا
قتل مولاه عمدا وجب عليه ان يسعى في قيمته لان عتقه وصية
والوصية لا تسلم للمقاتل الا ان فتح العتق بعد وقوعه لا يصح
فوجب عليه قيمة نفسه ثم الورثة بالخيار ان شاوا عجلوا للقصاص
وان شاوا استوفوا السعاية ثم قتلوه لان كل واحد من الاثنين
حق لهم ولا يكون احبار السعاية مسقطا للقصاص لان السعاية
بدل عن الرق وليست بعوض عن المقتول واما اذا قتل المدبر
مولاه خطا فالجناية هدر ولذا لان كان فيما دون النفس لان
جناية المدبر خطا على غير المولى لازمة للمولى فاذا جني على المولى
لو وجب الضمان لو وجب عليه ويستحيل ان يجب على المولى
ضمان لنفسه ولان المولى يملك الاقرار على مدبر بجناية الخطا
كما ملك على نفسه فاذا لم تجب جنايته على نفسه كذا للجناية
مدبر عليه الا انه يسعى في قيمته لان العتق وصيه فلا يجوز
ان يسلم الى القاتل واما جناية المدبر على عبده مولاه فان كانت عمدا

فللمولي الفضايل ما يلينا انه مع مديرو في الفضايل كالاجنبي وقد
قيل ان هذه المسئلة لا رواية عنهم فيها ولكن الذي يقتضيه من مذهمهم
ان احدا لعبدان اذا قتل الاخر ومما الرجل واحد ثبت للمولي الفضايل
وكذا للمدبر اذا قتل عبد المولي واما اذا كانت على عمد وهي خطأ
فهي هدر لانها لو ثبتت لثبتت للمولي والمولي لا يثبت له دين على مديرو
واما اذا جني المولي على مديرو كجناية هدر لانه على ملكه فلا يثبت
عليه باخلاف ملكه ضمان واما ام الولد اذا قتل مولاها عمدا او خطأ فهي
كالمدبرة لانها على ملكه واكسابها له الا انه لا سعاية عليها لان عتقها ليس
بوصية واما المكاتب فجناية المولي عليه لانه للمولي وجناية المكاتب ايضا
على سيده لانه المكاتب وهذا انما يريد به في الخطا ان المكاتب في اكسابه
عليه كالاجنبي من المولي ولهذا يضمن المولي اتلافها فجاز ان يثبت لمولا
عليه دين بسبب الجناية ويثبت له على مولا كذا في الجناية العمد
فان قتل المولي مكاتبه فلا قصاص لانه على ملكه ويلزمه القيمة لانه قصاص
سقط بالمشبهة وان قتل المكاتب مولا عمدا اقتصر منه قال وجناية
المولي على رقيق المكاتب او على ما في يده من كسبه وجناية المكاتب على رقيق
المولي او ماله يلزم كل واحد منهما ما جناحه على صاحبه في نفسه وماله وهذا
على ما قدمنا انه بعقد الكتابة صار كالاجنبي فان قتل باكسابه فجاز ان
ان يثبت له على مولا دين ويثبت لمولا عليه ذلك وما يلحق بهذا الباب
ما قالوا في ام ولد اذا قتل مولاها عمدا وله ابنان فعفي احدهما فعليها

٢١٤
٢١٤
ان نسعي في نصف قيمتها للابن الذي لم يعف وذلك لان الفضايل ما
سقط بالعفو وانتقل نصيب الذي لم يعف ما لا بعد الموت وهي حقة
في هذه الحال فيجوز ان يثبت عليها دين لمولاها فكذلك لو ارثه فان كان
للميت ابنان احدهما من ام ولد فان الفضايل سقط وعليها السعاية
في جميع قيمتها بينهما نصفان لان الفضايل لو ثبت لثبت للابنين
ولا يجوز ان يثبت للولد على امه فضايل واذا تعذر القصاص في
نصيبه سقط في نصيب شريكه وانما وجبت القيمة لان الفضايل
سقط من طريق الحكم فانتقل ما لا **فصل** قال ابو حنيفة
ومحمد اذا قتل العبد مولا عمدا والمولي ابنان فعفي احدهما بطل القصاص
ولم يجب لاحد الابنين على الاخر شي لاجل الجناية وقال ابو يوسف
يقال للذي عفا اما ان تدفع نصف نصيبك وهو ربع العبد
الي الذي لم يعف او تقديه بربع الدية وجه قولها ان احدا لابنين
لما عفي انتقل نصيب الاخر مالا وثبت للمولى ولهذا يقضى منه دين
والميت لا يجوز له ان يثبت له على عبد دين فكذلك لا يثبت لو ارثه
عليه دين بسببه لان الوارث يقوم مقام الموروث وجه قول
ابي يوسف ان الجناية صارت مالا بعد انقسام العبد بينهما
وكل واحد منهما يصح ان يكون له في نصيب الاخر دين فوجب ان يعتبر
هذا الحال ولا يعتبر الحال المتقدم الا ترى ان مدبر القتل مولا عمدا
فعفي احدا لابنين انتقل نصيب الاخر مالا ولا يجعل كانه صار

ما لا في ملك الموروث فكذلك هذا والجواب ان المدبر عتق بموت الولي
 وملك نفسه وكسبه وصارت الجناية ما لا بعد الحرمة وليس
 بملك الورثة فاما في مسلتنا فالعبد على ملك الورثة وهم يقومون
 مقام الموروث واذا ثبت لابي يوسف ان نصيب الذي لم يعف
 يتقلب ما لا يثبت نصف الدية في نصف العبد نصفها في نصيبه
 ونصفها في نصيب شريكه فما كان في نصيب يسقط وما كان في
 نصيب شريكه يثبت فهذا قيل للذي لم يعف ادفع نصف
 نصيبك او افد بربع الدية **باب**
ضمان الراكب قال ابو الحسن
 واذا سار الرجل في طريق من طرق المسلمين فاوطأ دابته رجلا
 بيدها او رجلا او كدمت او صدمت او خبطت بيدها فهو
 ضامن والاصل في هذا ان المشي في الطريق بشرط السلامة
 فكل ما تولد في السير مما يمكن الاحتراز منه فهو مضمون وما لا
 يمكن الاحتراز منه فليس بمضمون الا ترى انه ما ذور في المشي
 فلو ضمن ما لا يمكن الاحتراز منه كان ذلك منعا من التصرف
 وما يمكن الاحتراز منه لا يودي ضمانه الى المنع من المشي لانه
 يقدر ان يتحفظ منه ولهذا قال اصحابنا ان ما بان من العيان
 بالمشي او بسوق الدابة لا يضمن ما تولد منه لانه لا يمكن الاحتراز
 منه وكذلك ما اثارته الدابة بسنابكها من الصغار يعني

للحصى لانه لا يمكن الاحتراز منه في السير فاما الحصى الكبار فان الراكب
 يضمن ما تولد منه لان ذلك لا يكون الا بالعنف على الدابة في السير
 واذا ثبت هذا فالراكب يمكن الاحتراز من الوطي بالدابة وما
 نصيب بيدها ورجلها اذا وطيت وكذا لك تصدم والكدم
 فكان ذلك مضمونا عليه وكذا لك السابق لانه يمكن الاحتراز
 وكذلك القايد لانه معرب للدابة الى الجناية والمرتب
 كالراكب لانه يتمكن من الاحتراز قال وليس على قايد ولا سابق
 كفارة لان كل واحد منهما نسب للاتلاف والقتل بالاسباب
 لا يتعلق به كفارة كحفر البير فاما الراكب والمرتب فعليهما
 الكفارة بعربا او طت الدابة لان التلف حصل بفعلها والقتل
 بالفعل يتعلق به الكفارة قال وان يصحب الدابة برجلها
 وهي تسير او يدها فلا ضمان في ذلك على راكب ولا سابق ولا قايد
 ولا مرتد ف لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للرجل
 خيار وانما يعني بذلك نعمة الرجل ولان الاحتراز لا يمكن من
 النعمة وانما يمكن من الايضا والصدم وقد بينا ان ما لا يمكن الاحتراز
 منه لا يضمن وكذلك ما اصابته يديها فهو كرجلها لانه لا يمكن منه
 الاحتراز قال وكذلك اذا اثارته الدابة وهي تسير غبارا فافسد
 متاع رجل او حصاه فقفاة عن انسان فلا ضمان على احد في ذلك
 وهكذا علي ما بينا قال فان وقف صاحب الدابة في الطريق فهو ضامن

في ذلك كله والنجمة بالرجل والذنب وكمن عطب روثها او بولها
اولعابها وكذلك من وقف دابة على باب المسجد الاظم او على باب
مسجد من مساجد المسلمين فهو مثل وقوفه في الطريق وذلك لان
السير بشرط السلامة ماذون فيه والوقوف ليس بمأذون
فيه لانه ماذون في التصرف الذي لا يضر بغيره والسير
لا يضر بالغير والوقوف يضر لانه يمنع الانتفاع بتلك البقعة
على الدوام فصار متعديا في الوقوف يضمن ما يتولد من ذلك
مما يمكن الاحتراز منه اولا يمكن قال فان كان الامام قد جعل
للمسلمين عند باب المسجد موقفا يقفون فيه دوابهم فلا
ضمان عليه فيما اصابته في وقوفها او حدث فيها في ذلك
الموقوف لان الامام يملك ان يقطع الطريق اذا لم يضر بالناس فاذا
جعله لموقف لدواب فكانه اقطعه فصار الوقوف ماذونا
فيه فلم يضمن ما يتولد منه كمن اوقف في ملك نفسه قال فان
سار فيه او قاد فهو ضامن لما يصيبه اذا فعل ذلك في الطريق
العام المشترك وذلك لان القايد والسارق مغرب للدابة
الى الجناية والاذن في الوقوف في هذا المكان لم يخرج من
ان يكون طريقا فيضمن ما يضمن في الطريق الا ما تناوله الاذن
قال وكذلك الموضع الذي قد اذن الامام فيه بمنزله سوق
لخيل والدواب فلا ضمان على الواقف بدابته فيما كان من الدابة

من مع رجل او ذنب او بول او روث او لعاب وكذلك ان كان الرجل
راكبا عليها واقفا فلا ضمان عليه في شيء من ذلك لما بينا انه ماذون
فيه يعني في الوقوف فما تولد منه ليس بمضمون قال وكذلك الفلاة
من الارض اذا وقف فيها دابته وان كان راكبا عليها ولد له طريق
ملكه اذا كان وقوفه في غير المحجة ماحة عنها وذلك لان الفلاة
لا تنتظر الناس بوقوفه فيها فصار ماذونا في الوقوف فلم
يضمن ما يتولد منه فاما ان وقف في المحجة فهو كالوقوف في الطريق
لان الوقوف في المحجة يضر بالناس فيضمن ما يتولد منه قالما
ان وقف واذا كان سائرا في هذه المواضع التي اذن الامام فيها
بالوقوف او قايدا او سائقا فهو ضامن لا يزيل ذلك عنه اذن الامام
وذلك لان البقاع من جملة الطريق وانما سقط عنه ضمان
الوقوف بالاذن فاما السير فعلي ما كان عليه ولا في السير
ما ذون فيه من جصة الله تعالى فتح ذلك يضمن ما يتولد منه
وكذلك اذا اذن للامام قال فاما الواقف في ملكه والسائر
فيه او القايد والسائق فلا ضمان في شيء من ذلك الا فيما وطئت
بيده او رجل وذلك لان السائر في ملكه والقايد والواقف
غير متعد في فعله فلم يضمن ما يتولد منه لانه تصرف في ملك
نفسه فلا يكون بشرط السلامة وليس كذلك السائر في الطريق
لانه متصرف في حق غيره فجاز ان يكون على شرط السلامة فاما

الوطي بالتلف حصل بفعله فهذا يلزمه الكفارة ومن تلف شيئا بفعله
لم يختلف ان يكون في ملكه او ملك غيره قال وسوا كان الذي لحقته الحما
ما دوناه في دخول الملك وغير ما دون لانه تلف بفعله ومن دخل
ملك الغير غير اذن لا يجوز اتلافه قال ولذا لو كان في الملك
كلب عثور فعقره في الدار لم يضمن اذ له في الدخول ولم ياذن وذلك
لانه ترك الكلب في الملك ليس بتعدي فيما يتولد منه لا يضمن قال
واذا نقرت الدابة من الرجل او انقلبت منه فما اصاب في ثورها
ذلك فلا ضمان عليه لحديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال جرح العجا جبار والبير جبار والمعدن جبار
وفي الركاز الخمس قال مالك الجبار الهدر الذي لا دية فيه قال
يحد والعجا هي الدابة المنقلبة وسوا كان انقلبت في ملك ضا
او في الطريق او في ملك غيره لانه لا صنع له في انقلبتها ولا يمكنه الاحتراز
من فعلها فلا يضمن ما يتولد منه وقد قالوا فيمن ارسل دابته فما
اصاب في ثورها ضمن لانه لما ارسلها فهو كالدافع لها وهو في منعه
في الارسال فصار كالسابق وان عطفت يميننا وشمالنا ثم اصاب
فصو على وجهه ان لم يكن لها طريق الا ذلك فالضمان على المرسل
لأنها باقية على الارسال وان كان لها طريق اخر فانعراجها باختيارها
فانقطع حكم الارسال وصارت كالمنقلبة **باب**
ما يحدثه الرجل في الطريق مما يضمن به قال ابو الحسن

٢٨٥
اذا حضر الرجل في طريق المسلمين او في فناءه او اخرج جناحا او نصب
فيه ميزابا او بنى دكا نارا او وضع حجرا او خشبة او متاعا او صب ما
في الطريق او قعد ليسترج في الطريق او ضعف لمرض اصابه او عا
لحقه فقعد في الطريق فعثر بشئ من ذلك عاثر فوق فئات او وقع على
غيره فقتله او حدث به او بعمره من ذلك العثر والمسقوط
جناية قتل او غير فهو في ذلك كله ضامن ولذلك ما وقع في البير
او صدمه الجناح او ما احدث من ذلك في الطريق وزلق بالماء
الذي صبه في الطريق فهو ضامن في ذلك اجمع وكذلك ما عطب
بذلك من الدواب فهو في ضمانه لانه متعدي فيما يحدثه في الطريق
وما تولد من فعل تعدي فيه فهو مضمون كما يتولد من الرمي قال
فما كان من جناية بذلك من بني ادم فهو على العاقلة اذا بلغ الدية
الذي عرفتك ان العاقلة تخله وما لم يبلغ ذلك فهو من ماله وما
كان من جناية على غيره بني ادم فهو في ماله دون عاقلة لان ضمان
الادي جناية فيتم لها العاقلة وضمان غيره ضمان مال فلا تتحمل
العاقلة كالا تتحمل الديون قال وليس علي محدث هذه الاشياء
كفارة ان حدث منها قتل وذلك لان الكفارة تتعلق بالقتل وحاضر
البير ليس بتاتل الا ترى انه لا يجوز ان يكون قاتلا بالحفر ولا مقتولا
هناك ولا يجوز ان يكون قاتلا بالوقوع لانه قد يقع في البر بعد موت
الحافر ولا يتحمل ان يكون قاتلا بعد موته لان الكفارة تجب فيما يجوز

ان يتبع في جنسه العمل لأنها تكفير وذلك يجب في المأم فيها لا يتصور
في جنسه العمل لا يدخله الكفارة قال ولا يحرم ميراثا ان كان
يرث المجني عليه وذلك لما بينا انه ليس بمقاتل وحرمان الميراث
يتعلق بالقتل ولا حرمان الميراث ثبت على وجه العقوبة لمن اعتد
القتل وجاز ان يكون معتدا في الباطن وهذا المعنى لا يوجد في حفر
البير قال محمد قال ابو حنيفة اذا كان الرجل مشي في الطريق وعليه
شي لا يثبتته كشف او طيلسان او غيره فوقع ذلك عنه فعطب به
عاطب فقتله او وقع على انسان فاعطبه او وقع في الطريق فغثر
به عاثر فلا ضمان عليه في شيء من ذلك وذلك لان ما يلبسه الانسان
لا يكن الاحتراز منه وقد بينا ان ما لا يكن الاحتراز منه لا يضمن
في الطريق قال ولولم يكن لا بسا ذلك ولكنه كان حاملا له فوقع
منه على انسان فقتله او وقع منه فغثر به عاثر فهو ضامن
لديه من هلك في ذلك وهذا قول ابي يوسف ومحمد وذلك لان
الحمل يكن الاحتراز منه وله منه بد فاما يتولد منه مضمون قال
ابو الحسن وحمله مباح الا انه بشرط السلامة الانزي ان الله تعالى
اباح الاصطياد ورمى الصيد فلورمي صيد افوق بشاة او انسانا
ضمن وكذلك لورمي مشركا في حال القتال فاصاب مسلما وقد فرض
الله تعالى رمية في ذلك الحال فكذلك الاباحة في الحمل فاما اللباس
فامر عام يشترك فيه المسلمون جميعا وهم فيه اسوة لا بد لكل

٢١٦
احد منه فلها ما من ساير ما وصفت لك قال محمد وانا نحرم ذلك ويحل
الضمان فيما كان يلبسه الناس فاذا لبس من ذلك ما لا يلبسونه
جعلناه بمنزلة الحامل لذلك وضمناه فيه كما يضمن الحامل وهذا صحيح
لان ما يلبسه الناس لا يدعوا اليه الحاجة فهو كالحمل بشرط السلامة
وقد قالوا فيمن وضع كنانته فعطب بها انسان ضمن لانه متعدي في
الوضع وقال محمد ان وضع ذلك في طريق غير نافذ وهو من اهله لم يضمن
لأنها بقعة مشتركة فهي كالدار المشتركة فيجوز لكل واحد من
الشريكين الانتفاع بها ومما يلحق بهذا الباب ما قاله اصحابنا في اهل
المسجد اذا بنوا فيه بنا او حفروا فيه بيرا او وضعوا فيه جناحا
فعطب به انسان فلا ضمان عليهم لان النظر في مصالح المسجد اليهم
فيما فعلوه فيه لا ضمان فيه كالوصي والاب اذا فعلوا ذلك في
دار اليتيم وولي الوقف اذا فعل في الوقف واما اذا بنا رجل
من غير اهل المسجد او حفر بيرا او علق قنديلا او وضع حصرا
او التي فيه الحصا فعطب به انسان فهو ضامن في قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه الا في البناء والحفر وجه قول
ابي حنيفة ان النظر في مصالح المسجد الي اهله وليس الي غيرهم
بدلالة ان لهم ان يمنعوا غيرهم من عمله فصار من ليس من اهله
كمن وضع شيئا في دار غيره ولانه لو لم يضمن في القنديل والحصر
لم يضمن في البناء والحفر كاهل المسجد وجه قولهما ان المسجد لجميع

الناس وقد اذن للمسلمين في عمارته بقوله تعالى انما يعمر مساجد الله
من امن بالله واليوم الآخر وقال في بيوت اذن الله ان ترفع الا ان
لاهل المسجد اختصاص به فصاروا كالمالك وغيرهم كالمسجد ومعلوم
ان المستعير ان يضع في الدار الحصر والقنديل وليس له ان يحفر
فيها ولا يبني فكذلك هذا والجواب انه لا يمنع ان يكون المسجد
لجماعة المسلمين ويختص تدبيره باهلها لا ترى ان النبي صلى الله
عليه وسلم اخذ من بيت الكعبة من بني شيبه قمارا لله تعالى
بردها عليهم لقوله ان الله بامركم ان تؤدوا الامانات الي اهلها
والكعبة حق لجميع المسلمين فان خص قوم بتدبيرها **فصل**
قال ابو حنيفة فيمن جلس في المسجد لغير قرية لحديث او يوم او ما
اشبهه فعطب به انسان فهو ضامن وقال ابو يوسف ومحمد
لا ضمان عليه وجه قوله ان المسجد انما بني للعبادات فاذا شغل
بغيرها صار متعديا لا ترى ان الطريق لما جعل للاختيار كان
من جلس فيه متعديا وجه قولها انه لو جلس في المسجد للطاعة
ولذكر الله لم يضمن فكذلك اذا جلس لغيره لا ترى ان الماشي في الطريق
للطاعة لما لم يضمن لم يضمن اذا مشي للعصية **فصل**
وقد قال اصحابنا فيمن حفر بيرا في سوق العامة لمصلحة المسلمين
فوقع فيها انسان فان كان الحفر بغير اذن السلطان ضمن وكذلك
اذا اتخذ قنطرة للعامة وروي عن ابي يوسف انه لا يضمن وجه

٢١٧
قولهم المشهور ان هذا حق لعامة المسلمين وتدبير امر العامة الي الامام
لما فعل بغير امره يضمن كما فعل في دار الغير بغير امره وجه قول
ابي يوسف ان هذا من مصالح المسلمين والانسان مادون في مصالحهم
فصار الاذن من طريق الحكم كالاذن بالنطق **باب**
في الناحس قال ابو الحسن واذا كان الرجل يسير
على دابته او واقفا عليها في ملكه او في طريق فخنس دابته رجل
فضربت مدنها او برجلها او تقرت فصدمت انسانا في فورها
من الخنس فالناحس ضامن دون الراكب اذا فعل ذلك بغير امر
الراكب وذلك لما رواه القسم بن عبد الرحمن ان رجلا خنس دابة
فصدمت رجلا فاختصموا في ذلك الي سلمان بن ربيعة فضمن
الراكب فبلغ ذلك بن مسعود فقال الا ان ما ضمن الناحس الا ان
ما ضمن الناحس الا ان ما ضمن الناحس وروي عمر بن الخطاب
رضي الله عنه انه ضمن الناحس دون الراكب وذلك لانه تعدي
في الخنس فضمن ما تولد منه وكأنه دفع الدابة علي غيره وانما
استوي ما كان بالرجل والذنب وباليده لانه كالدافع لما يضربه
فعلى اي وجه عطب بها ضمن وانما شرط في الضمان ان يكون في فورها
لانها اذا سكنت في فورها الضرب فما يصيبه بعد ذلك انما يفعله باختيارها
فلا يضمنه كما يصيبه قبل خنسه قال وكذلك لو ضربها رجل لانه
دافع لها بالضرب قال فان فعل ذلك بامر الراكب فقتل رجلا

بحمد رجلها فان كان الراكب يسير في الطريق او واقفا في ملكه او في
 موضع قد اذن فيه في الوقوف من هذه الاسواق او نحوها ولا ضمان في
 هذا على راكب ولا سائق ولا ضارب وذلك لانه لما ضرب بامر الراكب
 والراكب يملك الامر بالضرب صار ضربه كضربه الراكب فلا يضربه
 ما اصاب بالرجل في هذه الاحوال قال فان كان واقفا في بعض طرق
 المسلمين التي لم يؤذن في الوقوف فيها فامر رجلا ان يضرب دابة
 فضرها ففتحت رجلا فقتلته فالدية عليها نصفان نصف
 على الضارب ونصف على الراكب على عاقلتهما ولا كفارة عليها
 وذلك لان ضربه لها بامر الراكب كضرب الراكب ولو ضررها الراكب
 وهو واقف في هذا المكان ضمن ما يتولد من الرجل فكذلك اذا امر
 بالضرب وانما شاركه الضارب في الضمان لانه تعدي في الفعل
 فاشتركا في التعدي فضمننا قال ولا كفارة عليها لانه قتل بسبب
 وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في نواذر في رجل على دابة يسير
 امر رجلا ان يخسره ففعل فوطيت انسانا فمات فالضمان
 عليهما وكذلك ان يخسر غير امر الراكب فوطيت فالضمان
 عليهما ولو تخسر بامر وهي سائرة فتفتحت انسانا فمات فلا
 شيء عليهما وذلك لانه لما تخسر بامر وهي سائرة فوطيت فمات
 الرجل بثقل الراكب وفعل الناحر فاشتركا في الضمان كما شتركما
 في سبب القتل واما اذا فتحت رجلها فضره بامر الراكب كضرب

الراكب فلا يضمن قال ولو تخسر بغير امر فتفتحت انسانا
 وهي سائرة ضمن الناحر وكان على عاقلته الدية لما بينا انه كالدافع
 لها وهو متقدم في فعله قال وان كانت واقفة فتخسر بامر فعلي الراكب
 الضمان وان كان بغير امر فعلي الناحر وذلك لانه اذا تخسر بامر
 فكان الراكب تخسر فيضمن ما يتعاقب بالرجل وان كان بغير امر فقد
 تعدي في الفعل فصار كالدافع للدابة قال واذا تخسر الرجل الدابة
 وعليها راكب بغير امر فوتت به فالقت الراكب فالناخر ضامن لما
 حدث عليه من جناية لانه تعدي في السبب فضمن ما تولد منه فالدم
 تلقه وجحت فما اصاب في ثورها فعلي الناحر لانه سبب فيه على
 طريق التعدي فان فتحت الناحر فقتلته كانت دية هدر لانه في
 حكم الجاني على نفسه الا ترى انها لو فتحت غير كان من ضمانه قال ولو امر
 بخسرها وهي تسير فوطيت انسانا فقتلته فالدية عليها جميعا نصفان
 لان الراكب والناخر كالسائق والراكب مشتركان فيما كان من جناية الدابة
 كترزيمته وقال ابن سماعة عن ابي يوسف وكذلك ان تخسر بغير امر
 الراكب فوطيت فالضمان عليهما لانه تلف بثقل الراكب ودفع
 الناحر قال ولا ضمان على الناحر حتى يعلم ان الذي اصابته كان
 في ثورها الذي تخسرها فيه وهذا على ما قدمنا قال واذا كان
 للدابة سائق وقايد فتخسر بغير اذن واحد منهما فتفتحت
 فالضمان على الناحر دونهما لان الناحر كالدافع للدابة فان

كان كل واحد منهما اسر فلا ضمان عليه ولا علي واحد منهما اذا نتحت لان فعلها بامرها
كفعلها **باب جنابة القطار**
قال ابو الحسن واذا قاد الرجل قطارا فما اوطاه اوله او اخره
فهو ضمان له وكذلك ان صدم انسانا فقتله لان القايد
مقرب للبهيمة الى الجنابة فكانت القاهها على غير ولا نه يقدر
على الاحتراز بان يدود الناس عن الطريق ما امكن الاحتراز
منه ضمن فان كان معه سابق فالضمان عليهما لان كل واحد منهما مقرب
للقطار فاشتركا في سبب الجنابة فان كان السابق في وسط القطار
فما اصاب مما خلف هذا السابق وما بين يديه من شيء فهو عليهما
لان ما بين يديه هوله سابق والاول قايد وما خلفه هاله قايد ان فيشتركان
في الضمان قال فان كان يكون احبانا وسطا واحبانا يتاخر واحبانا
يتقدم وهو يسوقها في ذلك فهو بمنزلة الاول لانه سابق لبعضها او قايد
وكلي الامر ينطبق به للضمان وقال محمد في املا الكيساني لو ان رجلا
كان يقود قطارا واخر من خلفه القطار يسوقه ويزجر الابل فتزجر
وعلى الابل قوم في المحامل يتيام او غير نيام فوطي بعير منها انسانا فقتله
فالدية على عاقلة القايد والسابق والراكبين على البعير الذي وطي
وعلى الراكبين جميعا اللذين قدام البعير الذي وطي على عواقلهم جميعا
على عدد الروس والكفارة على الراكب خاصة وخلفه لان القايد السابق
مقربان الى الجنابة والركاب امام البعير كالعادة لما خلفهم والراكب على

٢٢٠
البعير حصل التلف بتلفه فاشتركا في سبب الضمان فانقسم
عليهم والكفارة على راكب البعير الذي وطي خاصة لان القتل بتلفه
ومن سواه قاتل بسبب قال ومن كان الراكب خلف البعير الذي وطي
لا يزجر الابل ولا يسوقها راكبا على بعير منها او غير راكب فلا ضمان
علي واحد منهما لانهم لما لم يقود او لم يقود واصاروا كمناع على الابل
قال واما الركبان امام البعير الواطي فانهم جميعا قادة البعير الواطي
وجميع ما خلفه وهذا محمول على انهم يفعلون فعلا في العود فاما
اذا لم يمكن منهم فعل في القود فهم كالمنايع لان الانسان قد يكون
قايدا وان لم يفعل القود لا تزي ان النائم لا يكون قادا ولا يجوز
ان يكون سابقا اذا لم يفعل السوق فكذلك افتراقا قال وان كان
الرجل يقود قطارا فجاء رجل فربط اليه بعيرا والقايد لا يعلم
فوطي البعير انسانا فقتله فالدية على عاقلة القايد يرجعون
بها على عاقلة الرابط لان القايد ون البعير من الجنابة وضمان
الاتلاف يستوى فيه العلم والجهل ويرجع عاقلة بالضمان على
عاقلة الرابط لان الرابط تغدي في رباطه فصار هو السبب
في الزامهم الضمان فكان الرجوع عليه قال ولو كانت الابل وقفا
لا نقاد فجاء رجل فربط اليها بعيرا والقايد لا يعلم فقاده القايد
فانقاد البعير معها فوطي البعير انسانا فقتله فالضمان على القايد
ولا يرجعون على عاقلة الرابط لان الرابط تغدي في الربط فلما قاد

القائد ازال جنابته عن مكانها فزال الضمان عنه وتعلق بالقائد
كمن وضع حجرا في الطريق فدحرجه اخرو عطب به انسان فالضمان
علي عاقلة الثاني دون الاول وليس كذلك المسئلة الاولى لان
ربط البعير والابل سائرة فلم يستقر له الجنابة حتى يتغير حكمها
بالانتقال فبقي التعدي ببقا الرابط قال فان كان القائد علم
بالبعير في المسيلتين جميعا انه قد ربط الى ابله فقادهما
على ذلك فوطي البعير انسانا فقتله فالدية على عاقلة القائد
ولا يرجعون على الرابط لانه لما قاد بعد العلم بالربط فقد رضي
بذلك فزال الضمان عن الرابط فكانه ربط بامر **باب**
الرجل جني عليه جنابات مختلفة بعضها مضمونة
وبعضها غير مضمونة قال ابو الحسن واذا جرح الرجل جراحة
او جرحا جرحين وسبع فمات من ذلك فان على الرجل نصف الدية
ونصفها هدر وكذلك لو جرحه السبع جرحا جرحين والرجل جراحة
واحدة وذلك لان الجرحا جرحين من رجل واحد كجنابة واحدة بدلالة
ان حكمها واحد ولهذا قالوا في رجل جرح رجلا جراحة وجرحه
الاخر جرحا جرحين او عشر جراحات فمات من ذلك فالدية عليهما
نصفان لان الانسان قد يموت من جراحة واحدة ولا يموت من
عشرة فاحتمل ان يكون الموت من الجراحة المنفردة واحتمل
ان يكون من الجراحات الباقية واذا ثبت هذا قلنا قد مات في

مسئلتنا من جرحا جرحين مختلفين الحكم لان جراحة السبع هدر وجراحة الايدي مضمونة
فانقسم الضمان فوجب على الجراح النصف وسقط ما اصاب جراحة السبع
لانه هدر قال وكذلك لو جرحه الرجل جراحة وعقير سبع ونهشته
حية وجرح به جراحة واصابه حجر رمى به الرمح فمات من ذلك
فعلى الرجل نصف الدية يجعل الجراحات التي ليس لها حكم يلزم احد
الجراحة واحدة فكانه مات من جراحة احدها هدر والاخرى مضمونة
فيلزمه نصف الدية ويبطل نصفها ولا يبالي كثر عدد الهدر او قل هو
جراحة واحدة وذلك لان الهدر له حكم واحد فصار كجراحات الرجل
الواحدة انها في الحكم كجراحة واحدة قال وكذلك لو جرحه رجل جراحة
وجرحه اخر اخري ثم انضم الي ذلك ما ذكرنا ما لاحكم له يلزم فاعله
فان على كل رجل ثلث الدية والهدر الثلث لان جرحا جرحين كل واحد
منهما تنفرد حكم الضمان والهدر في الجراحات كجراحة واحدة فكانه
مات من ثلث جنابات فتقسم الدية اثلاثا قال فان كان بعض الجنابة
جراحات مختلفة الاحكام قسمت ما يحضه اذا قسمت على عدد الحماة
على احكام الجنابات وذلك كرجل امر رجلا بقطع لعلة بها ثم ان المامور
جرح الامر جراحة اخري بغير امر ثم جرحه رجلا اخر ان كل واحد
منهما جراحة ثم عقير سبع ونهشته حية وجرح به جراح فمات من
ذلك فان الجناة الذين لجناباتهم احكام ثلثة وسائر ما لاحكم له واحد
فرفع الدية هدر وينقسم باقي الدية على الجناة وهي ثلثة فيكون على كل

واحد منهم الثلث فما اصاب المأمور بالقطع فله حكم هدر وهو
القطع الذي امر به وحكم مضمون وهي الجراحة التي فعلها بغير امر
فسقط نصف ما يخصه وهو سدس الدية ويلزمه من الدية
سدسها وذلك لان جراحته المأمور وان اختلف حكمها فهي من فعل واحد
فلا يثبت لها في حوشر كايه في الجناية الاحكم للجناية الواحدة فقامت
من جناية المأمور وجناية الاخرى والجنايات التي هي هدر فهي كجناية
واحدة فصار الموت في اربع جنایات احديهما هدر فيسقط ربع الدية
ويلزم كل واحد من المأمور والجراحين بعلم ربع الدية فما اصاب المأمور
ينقسم على جراحته لا خلافا حكمها فسقط نصف ما اصابه لانه مأمور
بالقطع ويبقى نصفه وهو الثمن والذي ذكر في الكتاب السدس فانما يريد
به سدس ما بقي من الدية بعد اسقاط الهدر وسدس الثلاثة الارباع
لجميع قال ولو ان رجلا امر عتقة ان يضربوا عبده امر كل واحد ان
يضرب يوم سوطا فضربه كل واحد منهم كما امر ثم ضربه اخر لم يامر سوطا
فمات من ذلك كله فعلى الذي لم يامر ارس السوط الذي ضربه وقيمته
مضروب بعشرة اسواط ثم على الذي لم يامر جز من احد عشرة جزا
من قيمته مضروب باحد عشر سوطا وذلك لان الضارب الذي
يومر قد احدث في العبد نقضا بضربه والعبد ناقص بما تقدم
من الضرب فوجب ان يضم ما نقصه السوط الحادي عشر من قيمته
وهو مضروب بعشرة اسواط لانه لم يجني عليه الا بعد نقصانه

٢٢١
ثم قدمنا العبد من احدي عشر جراحة لا زكل واحد من السياط ففعل
ادبي يتعلق بفعله حكم فانقسم الضمان على عددهم فما اصاب العتقة
مسقط لانه وقع بامر المالك وما اصاب الحادي عشر ضمنه وذلك جز
من احد عشر جزوا من قيمته مضروب باحد عشر سوطا لان عشرة
الاسواط اوجبت نقضا بفعل غيره فلا يضمته والسوط الحادي
عشر قد ضمن بعضه ابتداء فلا يضم به ثانيا وانما لم يدخل نقصان
السوط فيما وجب عليه من القيمة لان كل واحد منهما ضمان جز وضمان
الجزء والجزء اذا تعلقا بسبب واحد لم يدخل احدهما في الآخر وليس
هذا كمن انفرد بضرب العبد فمات انه يضم القيمة دون النقصان
لانه اجتمع ضمان جز وضمان كل وتعلقا بسبب واحد فدخل احدهما
في الآخر قال لو كان المولى هو الذي ضرب عتقه اسواط بيله ثم ضربه
اجني سوطا فمات من ذلك كله فعلى الاجني ما نقصه السوط الحادي
عشر مضروب بعشرة اسواط ونصف قيمته مضروب باحد عشر سوطا
لان ضرب المولى حصل من فعل واحد صار كجناية واحد وان كثر
عدده فكانه مات من سوطين فسقط نصف الدية ويثبت نصفها
ولا يقال ضرب العتقة بامر كضربه بنفسه فمات كانه سوا اولان
لضربهم كلهم حكم واحد وهو سقوط الضمان قيل له جنایات
الادميين المختلفين وان استوي حكمهما لا يصير كجناية واحدة
والجنايتان بدلالة الجنایتين المضمومتين من اثنتين لا يكون كجناية واحدة

والجنايتان من واحد يتساويا في الضمان وهي كناية واحدة فاما ضرب
الجماعة بامر المولى فهو في حق المولى كفعله في باب سقوط الضمان فاما
في حق من شاركهم في الجناية وانما يعتبر عدد دمهم لان لفعل كل
منهم حكم ينسب اليه وهو الضمان فلما ثم قال ولو ان رجلا جرح
رجلا جراحة وجرحه اخر جراحتين واكثر من ذلك فمات من خطك
فالدية عليهما نصفان اذا كان جراحة الواحد مما قد يقتل مثلها
انما تنظر الى الجناة ولا تنظر الى عدد الجنايات لانه قد يموت
من واحدة ويسلم من عشرة وقد يموت من عشر ويسلم من
واحدة وهذا علي ما بيناه وقد قالوا في رجل جرحه رجل عشر
جراحات وجرحه اخر جراحة واحدة فعفا المجرع الجراح عن
جرح من العشرة وما تحدث منه ثم مات من ذلك فعلى صاحب
المجروح الواحد نصف الدية وعلى صاحب العشرة ربع الدية
لان الجراحة الواحدة كالعشرة في الضمان فلما عقله عن واحد
منهما انقسمت العشرة فيعتبر حكمها فصار لتسعة حكم
ولو احلة حكم فصار ما يتعلق بها نصفين فيسقط الربع
وسبقا الربع ولو امر ان يجرحه واحدة فجرحه عشرة وجرحه
اخر جرحا واحدا ثم عفا المجرع لصاحب العشر لواحد من التسع
التي كانت بغير امره ثم مات المجرع من ذلك كله فعلى صاحب
العشر ثمن الدية لان نصف الدية تعلق بفعله وانقسم بامر



المجروح بواحد نصف الدية الربع ثم انقسم ذلك بالعفو
سقط نصفه فبقي عليه الثمن **باب**
الرجل بامر غيره بالجناية عليه قال ابو الحسن اذا قال
الرجل للرجل اقتلني فقتله بسيف عمدا او خطا لم يكن عليه دية
في قول ابي حنيفة وروى ذلك بن سماعة عن ابي يوسف عن ابي
حنيفة والحسن بن زياد عن ابي حنيفة وابي يوسف وروى بشر
ابن الوليد وعلي بن الجعد عن ابي يوسف ان علي القاتل الدية
في قول ابي حنيفة وابي يوسف وكذلك روى هشام عن محمد عن
ابي حنيفة ان عليه الدية وروى بن سماعة عن محمد نفسه ان
عليه الدية استخانا والكلام في هذه المسئلة يقع في سقوط
القصاص فقال اصحابنا لا قصاص على القاتل وروى الحسن
عن زفران عليه القصاص وجه قولها ان القصاص اذا ثبت
ثبت للمقتول بدلالة سقوطه بعفوه ويستحيل ان يثبت له
مع امر به كما لو امر بقطع يده وجه قول زفران الامر بالقصاص
لا يتعلق به حكم بدلالة ان المأمور لا يحل له القتل فصار وجود
امر وعدمه سواء لان القصاص ثبت بعد الموت وامر لا يؤثر
في اسقاط ما يجب لو رثته بعد موته وليس هذا كقطع يده لان الحق
يجب له فجاز ان يسقط بامر **فصل** واما ضمان الدية
فوجه روايه بن سماعة وهي اصح الروايتين لان الدية لو وجبت

لوجبت له بدلالة ان ديونه تقضى منها وتنقد وصاياه فاذنه
في سبب وجوبها يسقطها كما لو اذني في قطع يده ولانه ضمان
يجب له فوجب ان يسقط باذنه في الاتلاف كضمان المال وجه
الرواية الاخرى ان الدية انما تجب بعد الموت ويستحيل ان
يثبت للميت حق مبتدأ بعد موته فعلم انها ثبتت للمورثة فاذن
الميت لا يؤثر في اسقاط حقهم ولان القياس لا يسقط القصاص
بالاذن لانه يجب بعد الموت الا ان الاذن في تسببه صار شبهة
في سقوطه فانتقل مالا والمال لا يسقط بالشك وقال ابن سماعه
وهشام عن محمد اذا امر الرجل الرجل ان يقطع يده او يقطع
عينه فلا شيء عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف وذلك لان
الضمان انما يجب له فاذنه في تسببه يسقط الضمان لحقه قال
ولو قال اقتل عدي او اقطع يده لم يضمن فيهما لان الضمان في
الوجهين يثبت للمولى وقد اذن في الاتلاف فلا يثبت الضمان وقال
هشام عن محمد اذا قال اقتل اخي وهو وارثه قال محمد كان زفر
يقول اقتله به وقال ابو حنيفة استحس ان اخذ الدية من
القاتل وجه القياس انه غير مالك له من اخيه باذنه لا يتعلق
به حكم وجه الاستحسان ان القصاص لو وجب لوجب للاخ
وقد اذن في تسببه فصار ذلك شبهة في سقوطه فانتقل
مالا وقال علي بن الجعد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة اذا امر

الرجل

الرجل رجلا ان يقتل عبدا فقتله فلا شيء عليه وان امر ان
يقتل ابنه ولا وارث له غير الاب فقتله قتل به وروي الحسن
عن ابي يوسف انه قال استحس ان اجعل عليه الدية قال
ابي يوسف هذا مخالف لنفسه وعنده اما ابو حنيفة فيجوز
ان يكون هذا الرواية عنه هي القياس والاستحسان ما قاله
ابي يوسف في وجوب الدية والفرق بين هذا وبين امر يقتل
نفسه انه مال لا دمه بدلالة انه لو اقر بما يوجب القتل
قتل فجاز ان يكون اذنه فيما يملك مسقطا للضمان وليس بمالك
لدم ابنه فاذنه فيه لا يسقط الضمان عليه قال ولو امر
ان يشجه فشجه فلا شيء عليه فان مات منها كانت عليه الدية
قال ابو الحسن هذا على اصل ابي حنيفة لانه امر بالشجة
لا يكون امرا بالنفس كما لا يكون ابراه من الشجة ابراه من النفس
وذلك لانه اسقط الضمان في الشجة بالاذن ولم يسقط في النفس
ومن اسقط ما ليس بحوله لم يسقط حقه الا ان الشجة سبب
للقصاص فالاذن فيها شبهة وقال ابو يوسف في رجل امر
رجلا ان يقطع يده ابن له صغير فقطعها ان للاب ان يقتصر منه
لان القصاص يثبت للصغير فاذن الاب لا يسقط حق غيره وقال
ابن سماعه في نوادر سمعت محمدا قال في رجل امر رجلا ان يقطع
يده ففعل فمات المجروح منها قال ليس على قاطعه شيء قال ولا يشبه

هذا رجل شج رجلا موصحة فعفاه عنها ولم يسل وما حدث منها
 فمات منها قال هذا في قول أبي حنيفة عليه الدية من قتلته عفا
 له عن الشجة ولم يسل وما حدث منها فلما مات علمنا انه قاتل
 ولم يعف عن النفس فعليه الدية قال والذي امر بقطع يده
 فمات من ذلك لانسبه هدا من قبل ان قطع اليد لا شيء فيه
 فلما لم يكن في قطع اليد شيء لم يكن في النفس الذي تلفت من اليد
 شيء وهذا الذي ذكره ابن سماعة مخالف لما رواه ابو يوسف
 وبناه ابو الحسن على هذا الاصل والفرق الذي ذكره محمد صحيح
 لان الشجة وقعت هناك مضمونة وانما يسقط ضمانها بالعفو
 فاذا عفي عنها سرب بيننا انه عفي عن غير حقه فبقي الضمان
 واذا امر ابتداء بالشجة فقد وقعت غير مضمونة بدلالة انها
 لو استقرت لم يضمن فاما يتولد منها لا يكون مضمونا وقد قالوا
 فيمن قال لرجل اجني علي فرماه بحجر فجرحه جرحا لا يعاش من
 مثله فهذا قاتل ولا سيما جانيا فعليه الدية لان قوله اجني
 علي انما يراد به ما دون النفس لا تزي انه لو اراد النفس
 قال اقتلني ولو جرحه بالحجر جرحا يعاش من مثله فمات من
 ذلك فلا شيء علي الجاني لان هذا يسمى جناية لانه لا يقتل لا محالة
 فقد فعل ما امر به فسقط الضمان عنه **باب**
الجناية بحفر البئر قال ابو الحسن واذا حفر الرجل

الحريم في طريق المسلمين فوقع فيها رجل فمات او اصابته جناية
 فيها دون النفس يسقطه فهو ضامن للجناية حيا كان الحافر
 او ميتا وذلك علي ما قلته اذا كان الزم بالجناية خمسمائة
 فصاعدا وان كان اقل من ذلك فهو في ماله يوخذ منه ان كان
 حيا ومن تركته ان كان ميتا وذلك لما روي عن شرح ان عمرو
 ابن الحارث حفر بيرا عند درب اسامة فعطبت فيها بفضلة
 فضمنه شرح وقضاياه كانت تحضر الصحابة ولم تحك في ذلك
 خلاف ولانه متعذري في الحفر فيضمن ما تولد منه كمن تعدي
 من الري ولانه لما حفر في غير حقه صار سببا في الاتلاف
 علي طريق التعدي فكانه دفع الواقع فيها وقد روي عن ابي يوسف
 في الامالي انه قال اذا مات الواقع في البئر من الوقوع ضمن
 قول ابي حنيفة وان مات غما او جوعا لم يضمن وقال ابو يوسف
 ان مات غما ضمن وان مات جوعا لم يضمن وروي عن محمد انه
 قال يضمن في الجميع وجه قول ابي حنيفة ان الجناية هي الحفر
 فاما تولد منه مضمون وما حدث بسبب اخر لا يضمنه فلم
 يضمنه الحافر كما لو دفع رجل فيها رجلا والجوع والغم ليس
 بفعل للحافر فلم يضمنه وجه قول ابي يوسف ان الغم حصل
 بسبب البئر فصار كما لتلف بالوقوع والجوع بتاخر الاكل
 وذلك لا يعود الي الحفر وجه قول محمد ان الحافر صار سببا

في الجميع فكانه حبس رجلا حي مات واما وجوب الضمان على العاقلة
فلانه قتل بسبب فهو اضعف من قتل الخطا فاذا وجب الضمان
لخطا على العاقلة فهذا اولى ويتمهلون ما بلغ ان شأ مقدرا على ما
قدمنا وما لم يبلغ الارش المفدر في مال الحافر لانه يجري مجرى
ضمان الاموال واما استنوي في ذلك حياة الحافر وموته لان
الضمان يسند الى حال الحفر فكانه جني في ذلك الوقت ثم مات
وقال يجب عليه تكل جناية كانت منه بالحفر ارش الجناية
لا يسقط شيء من ذلك بشي منه ولا يشترك المجني عليهم فيها
يجب لكل واحد منهم وهو كله على العاقلة الا ما نقص من
خمسماية وذلك لان ما يجب بالحفر في ذم العاقلة والحقوق
المتعلقة بالذم لا تتصابق قال وان كان الحافر مدبرا او ام ولد
فما لحق من جنايته بالحفر فهو على المولى في قيمة المدير وفي قيمة
ام الولد ولا يلزمه في كل واحد منهما الا قيمة واحدة على ما ثبت
لك في جنايتهما بابدانها غير ان قيمة المدير وام الولد تلزم
المولى بيوم حفره ولا ينظر الى قيمتهما بعد ذلك زادت او نقصت
لان حقهما جناية وجنايتهما تلزم المولى لانه منع من تسليمهما
معانديهم واستيلاده فكانه دين بعد الجناية وهو لا يعلم
ولا يجب عليه الا قيمة واحدة لان الضمان يلزم بالمنع والمنع
منع واحد واما اعتبرت قيمتهما يوم الحفر لان الحفر هو الجناية

دون الوقوع فصار كالجناية المباشرة فتعتبر قيمتها عندها
قال وان كان الحافر مكاتب الزمته الجنايات دون سيده على ما
بينت لك في جنايته^{سليم} الا انك تعتبر ايضا في قيمته يوم حفر
لا يوم الجناية وذلك لان المكاتب احق باكسابه فجنايته عليه
كالحر قال وان كان الحافر عبدا فالجنايات كلها في رقبته يقال للمولى
ادفعه او افكه ويتضاربون في الرقبة على قدر ما لكل واحد
منهم فيها وذلك لان الحفر جناية كالمباشرة فتتعلق رقبته والرقبة
تتضابق عن الحقوق فيتنضاربون فيها فان اختار المولى الفداء فانه
بجميع الارش لانه انما يظهر رقبته عبدا بانقضاء ما يتعلق بها
قال فان اعتقه المولى بعد قبل الوقوع ثم لحقت الجنايات
فذلك على المولى في قيمته يوم عتق سائر الجنايات التي كانت
بعد العتق وقبله فيها لكل واحد منهما بقدر ارش جنايته لان المولى
صار مانعا من تسليم الرقبة بالعتق من غير اختيار فلزمه القيمة
قال وكذلك لو لم يعتق ولكن وقع في البير رجل مات فدفعه بالجناية
ثم وقع في البير اخر فانه يشارك الاول في الرقبة المدفوعة وكذلك
ما حدث من جناية بعد الدفع فانهم يشاركون المدفوع اليه الاول
في رقبة العبد كل واحد منهم بقدر جنايته وذلك لان المولى انما يلزمه
الضمان في الرقبة وقد زال ملكه عنها بغير اختيار فتتعلق بها حق الثاني
كما تتعلق بها حق الاول وما يلحق هذا الباب ما قالوا فيمن حفر في الطريق

فجاء رجل فحفر في اسفلها ثم وقع انسان فالتزمان على الاول ولا على الثاني
لان الاول كالدافع والثاني حفر فكان رجلا دفع رجلا في حفرها غيره فالتزمان
على الدافع قال احمد في الكتاب ينبغي في القياس ان يضمن الاول ثم قال
وبه نأخذ ولم يذكر الاستحسان لان ابتداء السبب كان من الاول فصار
كمن حفر بيرا فنصب غيره فيها سكينا فوق وقع فيها انسان فالتزمان على الحافر
دون الواضع للسكين ولو وسع رجل راسها فوق وقع فيها انسان والتزمان
عليهما نصفان وهذا موضع على انه وسعها قليلا بمقدار ما يضع
رجله في حفرها فاما اذا وسع الثاني كسرا وجني بصير وضع القدم
في حفر الثاني دون حفر الاول لان جنابة الاول زالت قال ولو حفر
بيرا وكسرها بحجارة او حصا فجاء رجل اخر واخرج منها الحجر والجص فوق
فيها انسان فالتزمان على الذي اخرج الحجارة ولو كان كبسها بكنطة
او شعير ثم جاء رجل فاخرجها ثم وقع فيها انسان فالتزمان على
الاول والفرق بينهما ان الكبس بالحجر والجص طم للبير فخرجها
من حكم الابار وتزول الجنابة وانما يصير بيرا بفعل الثاني فصار
بمنزلة حفر مستقبل واما اذا كبسها بكنطة او شعير فحكم
الحفر باق لان البير لا يطم بذلك فاذا جاء الثاني فاخرج ما فيها فهي بير
بفعل الاول فالتزمان عليه قالوا ولو حفر رجل بحجر فسقط في بير
حفرها اخر فوضع على وجهه ان كان الحجر وصنع انسان على الطريق
فالتزمان على الواضع لانه كالدافع للرجل في البير فالتزمان عليه

وان كان الحجر بغير فعل اخر حمله السيل فالتزمان على حافر البير لان حكم
للحجر فصار وقوعه في البير بغير فعل احد فالتزمان على الحافر قال ولو سد
الحافر راس البير فجاء اخر فنقض ذلك ثم وقع فيها انسان فالتزمان على الحافر
لان الاول وان غطي راسها فلم يخرج من حكم الابار فاذا فتح الثاني راسها
فالجنابة بفعل الاول وانما اظهرها الثاني فالتزمان على الاول وقالوا
فيمن حفر بيرا في ملك غيره فوق وقع فيها انسان فقال صاحب الدار اننا
كنت امرته وانكر اوليا الميت فالقياس ان لا يصدق صاحب الدار
لانه يبري الحافر من ضمان وجب في الظاهر فالاستحسان ان يصدق لانه
لو اذن في الحال جاز اذنه فاذا اقرب ما يملكه بعد اقراره واذا احتقر الرجل
بيرا في طريق مكة في غير ممر الناس فلا ضمان على الحافر لان المكان موضع
مباح فلكل احد ان يحفر فيه وقد ملكها الحافر عند ابي يوسف ومحمد
وما حوله من الحرم وعند ابي حنيفة لا يملك الا ان يكون حفرها باذن
الامام واذا سقط الرجل في البير فقال الحافر اني نفسي فيها عمدا
وقال ورثت للميت وقع فيها كان قول ابي يوسف الاول ان القول
قول الورثة ثم رجح فقال القول قول الحافر وهو قوله محمد وجه
قوله الاول ان الانسان في الغالب لا يعتمد القائل نفسه في البير
فلم يقبل قول الحافر فيما يخالف الظاهر وجه قوله الثاني ان الاختلاف
وقع في وجوب الضمان فالقول قول المنكر ولان الظاهر ان
الانسان يبري البير في الطريق كما ان الظاهر انه لا يعتمد الوقوع

فيتقابل الظاهران والاصل عدم الضمان **فصل** وذكر محمد في
الزيادات ان فمين استاجر رجلا لحفر لهم بيرا في الطريق فوق فيها انسان
فان كانت البيرة في فناء المستاجر فالضمان عليه دون الاجير وان لم
يكن ذلك في فناءه وقد علم المستاجر الاجير انه ليس في فناءه فالضمان
علي الاجير وان لم يعلمه فالضمان علي المستاجر اما اذا كان في
فناءه فقد روي عن شريح انه من ثلث عمرو بن الحارث قيمة بقعة وقعت
في بئر حفرها وقد كان عمرو بن الحارث احدا الروسا فهو لا يحفر بيرا
بنفسه وانما يستاجر لحفرها وقد ضمنه شريح حفرة السلف
ولان لصاحب الدار اختصاصا بفناءه الا ان عندنا في يوسف ومحمد
لا يمنع من المقر فقه واذا لم يصرف عند ابي حنيفة اذا لم يمنع
ساع له الانتفاع فتعلق بامر فيه حكم فكانه حفر بنفسه واما
اذا لم يكن في فناءه وقد علموا انها ليست في فناءه فامر لا يتعلق
به حكم لانه لا يجوز له الانتفاع بهذا المكان فبقي ان يكون امرا
بالجناية وضمان الجناية يلزم الجاني دون الامر واما اذا لم يعلموا ان
الموضع ليس بفناء فقد غرهم بالامر لان الانسان في العادة انما يامر
بما يملك فكان الضمان عليه بحكم الغرور قال واذا استاجر الرجل
اربعة نفر يحفرون له بيرا ف وقعت عليهم من حفريهم فمات احدهم
فعلي كل واحد من الثلاثة ربع الدية ويسقط الربع لانه جناية نفسه
وجناية اصحابه فيسقط ما اصاب فعله ويثبت ما اصاب شركاه

وقد روي السجعي عن علي انه قضا على الفارصة والقامصة بالدية
اثلاثا وذلك ان ثلث جوار نزلن ببعين ركبت احدهن صاحبتهما
فجاءت الثالثة فقرصت المركوبة فقمصت المركوبة فسقطت
الراكبة فوفقت عنها فجعل علي بن ابي طالب علي الفارصة ثلث
الدية وعلي القامصة الثلث واسقط الثلث لان الواصفة اعانت
علي نفسها وروي ان عشرة مدوا خلة فسقطت علي احداهم فمات
وقضي علي بن ابي طالب علي كل واحد منهم بعشر الدية واسقط
العشر لان المقتول اعان علي نفسه وهذا اذا كانت البيرة في الطريق
فان كانت في ملك المستاجر فينبغي ان لا تجب شي لان الفعل كان مباحا
لما تولد منه غير مضمون **فصل** قال واذا وقع الرجل في بئر
في الطريق فتعلق باخر وتعلق الثاني بثلث فوقعوا جميعا فماتوا
فان هذا علي وجهين اما ان يعرف حال موتهم وهو ان يخرجوا
احيا فيجبروا عن حال موتهم واما ان لا يعرف حال موتهم فان
عرف ذلك فان موت الاول لا يخلو من سبعة اوجه اما ان يموت
بوقوعه في البئر او بوقوع الثاني عليه او بوقوع الثالث
عليه او بوقوع الثاني والثالث عليه او بوقوعه ووقوع
الثاني عليه او بوقوعه ووقوع الثالث عليه او بوقوعه ووقوع
الثاني والثالث عليه فان عرف انه مات بوقوع نفسه في البئر
فالضمان علي الحافر خاصة لانه مات من جنايته وان مات بوقوع

الثاني والثالث عليه فنصف دية هدر ونصفها على الثاني وان مات بوقوعه ووقوع الثاني عليه فالنصف على الحافر والنصف هدر وان مات بوقوعه ووقوع الثاني والثالث عليه فدية اثلاثا على الحافر وثلاث هدر وثلاث على الثاني لان مات بثلاثة اسباب فيقسم دية اثلاثا وموت الثاني لا تخلوا من ثلاثة اوجه اما ان يموت بوقوعه في البير او بوقوعه الثالث عليه فان مات بوقوعه في البير قد مته على الاول لان الاول هو الذي جرم في البير وان مات بوقوع الثالث عليه قد مته هدر لانه هو الذي جرم على نفسه وان مات بوقوعه ووقوع الثالث عليه قد مته نصفان نصفها هدر ونصفها على الاول فاما موت الثالث فليس له الاوجه واحد وهو وقوعه في البير فدية على الثاني لان الثاني هو الذي جرم وهذا اذا علم كيف حالهم فان وجد واموت ولا يعرف كيف كان موتهم فالقياس ان دية الاول على الثاني ودية الثاني على الاول ودية الثاني وهو قول محمد وفي الاستحسان وهو قول يتيبن محمد من قال به فيقال انه قول ابي يوسف ويقال انه قول ابي حنيفة وابي يوسف ان دية الاول اثلاثا على صاحب البير الثلث وعلى الاوسط الثلث والثلث هدر ودية الثاني نصفان نصف على الاول ونصف هدر ودية الثالث على الثالث بالاتفاق واما عين الخلاف في دية الاول والثاني وجه القياس ان دية الاول على الحافر لان وقوعه في البير قد ظهر فموته من ذلك ما لم يثبت سبب اخر وكذلك موت الثاني سبب وقوعه كان سبق بعينه

انه مات من الوقوع ما لم يظهر سبب اخر ووجه الاستحسان ان هذه الاسباب الثلاثة قد ظهرت وليس احد الاسباب اولى من الاخر فوجب ان يقسم اثلاثا فيجعل كانه مات من الاسباب كلها ويجعل الثاني كانه مات من السابق قال محمد في الكتاب فاذا لم يعرف من اي ذلك ماتوا بطل نصف ذلك واخذ بالنصف يعني انه حكى البعض ويسقط البعض ولا يزيد به النصف خاصة لان دية الاول يسقط ثلثها ويجب لثلثان او يقال اذا زاد بالنصف دية الثاني خاصة لانهم اتفقوا انهم لا يسقط من دية الثالث شيء فعلم ان قوله يسقط النصف انصرف اليه بعضهم دون بعض فيجعل على الثاني **فصل** واذا امر الرجل عبده ان يحفر بيرا في الطريق فوقع فيها انسان فان كان في فناء فالضمان على عاقلة المولى وكان المولى حفر لانه ملك الامر في هذا المكان فكانه استأجر من حفر واما اذا كان في غير فناء فالضمان في رقبة العبد اعلم انه ليس في فناءه اولى يعلمه لانه لا غرور بدينه وبين العبد لانه يتلف ماله في الوجهين جميعا وفي الاجنبى يحتاج الى العلم لان الغرور يثبت واذا كان كذلك فالامر لم يتعلق به حكم فصار العبد هو الجاني فالجناية في رقبة **فصل** واذا استأجر الرجل اخر او عبدا سحورا عليه ومكاتب يحفرون له بيرا فوقع البير عليهم فماتوا فلا ضمان على المستأجر في الحرو ولا في المكاتب ويضمن قيمة العبد لمولاه لان استئجار

الحرو المكاتب ليس بجناية واستتجار العبد جناية لانه استعمل
عبد غير بغير اذنه فصار عاصيا فاذا دفع القيمة الى المولى دفع
المولى القيمة الى ورثة الحرو الى ورثة المكاتب لان القيمة قامت
مقام العبد فاذا دفع القيمة ضرب ورثة الحر بثلث الدية وورثة المكاتب
بثلث قيمة المكاتب لان كل واحد منهما هلك بثلاث جنايات جناية نفسه
وجناية صاحبه فكان العبد يستهلك ثلث الحرو وثلث المكاتب فيقسم
القيمة على ذلك ثم يرجع المولى على المستاجر بقيمة اخري فتسلم له لان المستاجر
غضب عبدا فارغا فرد قيمته مشغولة فاذا استحققت بسبب كان
في يده رجوع بها وصار كان العبد للمستاجر لانه غرم قيمته فلم يستاجر ان
يرجع على عاقلة الحر بثلث قيمة العبد واوليا المكاتب ياخذون ايضا
من عاقلة الحر ثلث قيمة المكاتب ثم يؤخذ من زكاة المكاتب مقدار قيمته
فيكون بين ورثة الحرو والمستاجر يضرب فيها ورثة الحر بثلث الدية والمستاجر
بثلث القيمة لان المكاتب قد استهلك ثلث كل واحد منهما **باب**
الحايط تمثيل على الطريق قال ابو الحسن واذا مارحايط
مزداد رجل على طريقنا فداود ارجل فلم يطالب بنقصه ولم يشهد عليه
فيه حتى سقط على رجل فقتله او على متاع فافسد او على حيوان فقطعت
به فلا ضمان على صاحب الحايط في شيء من ذلك وهذا على وجهين ان بني
الحايط ما يلا الى ملك غير او الى الطريق فهو ضامن لما عطب بسقوطه
وان لم يطالب لانه تعدي في البناء في حق غيره الا ترى ان هوا البقعة في

حكمها ولو بني في ملك غير كان متعديا فكذا ان بني في هوا غير وهو طريق
المسلمين كطريقهم فكلا يجوز البناء في الطريق كذلك لا يجوز في هواه واذا ثبت انه
متعدي ضمن ما يتولد منه فاما اذا بني في حقه فمال الحايط فقد حصل الهوا
في يده بغير فعله فلا يضمن ما يتولد منه كحجر القنة الرخ في داره او ثوب
قال فان عدم اليه في هدمه واشهد عليه ثم سقط في سدة قد امكنه
نقصه فيها بعد الاشهاد فهو ضامن وذلك لان حايطه في يده فاذا فقد
حصل حق غيره وهو الهوا في يده بغير فعله فاذا طوب بازالة اليد فلم
يفعل مع الامكان ضمن كنوب القنة الرخ في دار انسان فطوب به فامتنع
من رده مع القدرة وقد روي عن الشعبي وشرح وابراهيم وغيرهم من التابعين
انهم قالوا اذا تقدم اليه في الحايط فلم يهدم وجب عليه الضمان والمعتبر
عندنا المطالبة بالهدم وانما يحتاج الى الاشهاد ليثبت له المطالبة
وهذا كما يقول في الشفعة ان المعتبر المطالبة وانما يشهد ليثبت
المطالبة بالشهادة فلو اعترف صاحب الحايط انه طوب وجب عليه
الضمان والمعتبر عندنا وان لم يشهد عليه قال وان كان لم يفرط في نقصه
ولم يذهب بطلب من يهدمه فكان في طلب ذلك حتى استاجر من يهدمه
فسقط الحايط فقتل انسانا او عقردابة او افسد متاعا فلا ضمان عليه
لانهم يتمكن من ازالة يده فلم يضمن ما يتولد كالثوب اذا القته الرخ فطوب
به وهو لا يقدر على رده لم يضمنه اذا هلك قال محمد والاشهاد ان يقول
الرجل اشهد واني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حايطه هذا فاذا



فعل ذلك فقد لزمه بقضه على حال الامكان وذلك لما بينا ان الاعتبار
المطالبة والاشهاد يحتاج اليه لثبوتها فاذا اشهد على المطالبة
حصل الغرض المقصود قال فان كانت جنايته على انسان فهي على
العاقلة اذا كانت نفسها او دونها اذا بلغ من دية الرجل نصف عشر دية
ومن المرأة عشر ديتها وما كان اقل من ذلك فهو على ماله وهذا على ما قد
ان العاقلة تتحمل مقدار ارش الجنين فصاعدا ولا تتحمل ما دون ذلك قال
وما كان في غير بني ادم فهو في ماله لان ضمان الاموال لا تتحملة العاقلة
وانما تحملت جناية العاقلة الحايطة لانهادون الخطا فهي اولى بالتحمل قال
ومن اشهد عليه من الناس اذا كان المثلان الى الطريق ضمن له المرور في
الطريق فذلك اشهاد وتقدم اهل الزمة واهل الاسلام في هذا سوا
لان الطريق حق لجميع اهل الدار فمن طالب بازالة الاذى عنه فقد طالب
بماله فيه حق فصحته مطالبته والذي له حق في الطريق فمطالبته
كمطالبة المسلم قال وان كان الميلا ن الى دار رجل بالاشهاد الى صاحب
الدار لان ذلك حق مختص به فالمطالبة به اليه فان كان فيها مساكن
فالاشهاد الى السكان لان الساكن له حق المطالبة بازالة ما سفل
الدار فكذلك يطالب بما سفل الهوا قال ابو الحسن وانما يحتاج الى
الاشهاد في هذا حجر زامن الحبور والافاذ اتقدم اليه في بقصه
وطولب فلم يفعل حتى سقط الحايط لزمه ما جني عليه فيما بينه وبين الله
تعالى وهذا على ما بينا ان الضمان تعلق بالتفريط في البض بعد المطالبة

والاشهاد تثبت به المطالبة قال واذا مال الى طريق فاشهد رجل عليه
ثم استاجر الذي شهد عليه ان يوجره او اساحل الحاكم فاحله فالتاجيل
باطل لا يبري في شيء وان كان الميلا ن الى دار رجل فاحله صاحبه الدار او ابراه
منه او فعل ذلك ساكن الدار فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما جني الحايط
والفرق بينهما ان الحايط الى مال الى الطريق فالحق للجماعة المسلمين فاذا طالب
احدهم تعلق الضمان بالحايط لحق الجماعة فاذا اجله احدهم او اجله الحاكم
فقد اسقط حق نفسه وحق غيره وذلك لا يجوز واما صاحب الدار فالحق
له ولذلك الساكن فاذا اجل او ابراه فقد اسقط حق نفسه فلذلك جاز
فصل قال ابو يوسف اذا سقط الحايط الى طريق وقد
اشهد على صاحبه فعثر به انسان فعطب فلا ضمان فيه وقال محمد
صاحب الحايط ضامن وجه قول ابي يوسف ان الحايط زال عن
الموضع الذي اشهد فيه وصار في موضع اخر بغير فعل صاحبه
فيحتاج الى مطالبة اخرى كما قالوا فيمن وضع حجرا في الطريق فذخر^{جته}
الترخ الى مكان اخر وجه قول محمد انه حصل في الطريق بسبب هو
متعد فيه فضمن ما يتولد منه كحافر البير قال وكذلك لو ان رجلا
وضع في دار رجل حايط حجرا او حفر فيها بيرا او سافها بنا فابراه
صاحب الدار منه كان بريئا ولا يلزمه ما عطب بشي من ذلك كان
صاحب الدار او دخل دخل عليه وكان صاحب الدار فعل ذلك
لان الضمان انما يجب لحق صاحب الدار فاذا ابراه فقد اسقط حقه

فكان الفعل وقع باذنه قال ولو باع صاحب الدار التي فيها الحايط المائل
بعد التقدم اليه والاشهاد فسقط الحايط بعد ما قبضه المشتري
او بعد ما ملكه لم يضمن ما جني الحايط وذلك لانه لما باع فقد صار
بحال لا يملك فيها الغنض والضمان يجب عليه بترك البعض فاذا لم
يتكز منه لم يضمن وليس هذا كمن شرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار
ولجناح فوق علي انسان ضمن البايع لان نفس الوضع جناية فزوال
ملكه عنه لا يغير حاله وليس كذلك في مسيلتنا لان بنا الحايط لم يكن
جناية وانما الجناية ترك النقص فاذا صار لا يملك النقص في حال الوقوع
خرج فعله من ان يكون جناية قال وكذلك كل من اشهد عليه ممن لا يجوز
له نفسه فانه يضمن وان كانت الدار في يده مثل المرتهن او للسناجر
او المستعير او المودع فان هذا باطل لا يلزمه شيء لانهم لا يملكون النقص
فلا يصح مطالبتهم فان اشهد علي المالك صح ذلك لانه يقدر علي قضائ
الدين وهدم الحايط فصار مغرطا بالترك قال واذا اشهد علي الوصي
او الاب في هدم حايط لصغير في حجره لزمه النقص فان لم ينقص
حتى سقط الحايط فما لحق من جناية فهي لازمة للمصبي ما كان منها يلزم
في مال البائع فهو في مال الصغير وما كان علي العاقلة فعلي العاقلة
وذلك لان الولي يملك نقض الحايط فصار الاشهاد عليه كالا شهاد علي
المالك قال فان كان الدارين ورثه فاشهد علي بعضهم ولم يشهد
علي جماعتهم فسقط الحايط فلا ضمان علي من اشهد عليه في القياس

قال محمد ولكننا نستحسن فيلزمه تنقسط ما يملك منه وجه القياس ان
احد الشركاء لا يملك النقص دون شركائه فلم مغرطا بتركه وانما اتحسنوا
لانه لا يقدر ان يخاصم شركاه ويطالبهم بالنقص فاذا لم يفعل ذلك
صار مغرطا قال واذا انكرت العاقلة ان تكون الدار ملكا لصاحبهم
فلا عقل عليهم قال محمد لا تضمن العاقلة حتي تشهد الشهود علي ثلثة
اشيا علي التقدم اليه في الحايط وعلى انه مات من سقوط الحايط
وعلي ان الدار له وذلك لان كون الدار في يده ظاهر في الملك والظاهر
لا يستحق به حقا علي الغير فلم يجب علي العاقلة التحمل ولهذا قلنا انه
لا يستحق هذه الدار الشفعة حتي يقيم البينة علي الملك وفي قول
زفر يجب علي العاقلة بظا هرا ليدلها دلالة علي الملك كما يحكم
لصاحب اليد بالشفعة فاما الشهادة علي التقدم اليه فلا ان
المطالبة هي التي تجعل الفعل جناية واما موته من السقوط فلان
ذلك اذا لم يعلم لم يحصل للجناية فلا يجب الضمان **باب**
القسمامة قال ابو الحسن قال ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي
ابن الجعد سمعنا ابا يوسف قال في القتل يوجد في المحلة او في دار
رجل في المصر فان ابا خيفة قال في ذلك اذا كانت به جراحة او اثر
ضرب او اثر خوفان هذا قتل وفيه القسمامة علي عاقلة رب الدار
او علي عاقلة اهل المحلة قال ابو الحسن يعني علي عاقلة رب الدار اذا وجد
في الدار وعلي عاقلة اهل المحلة اذا وجد في المحلة قال ابو يوسف

في تمام الحكاية عن ابي حنيفة يقسم كل رجل منهم بالله ما قتلت ولا علمت
قاتلا ثم يغرمون الدية في ثلث سنين على اهل الديوان في كل سنة
الثلث وقال ما لك اذا كان هناك لوت استخلف الاوليا خمسين
مميئا واقص من المدعي عليه واللوت عنده ان يكون هناك علامة
للقتل في واحد بعينه او يكون هناك عداوة ظاهرة وقال الشافعي
رحمه الله اذا كان لوت استخلف الاوليا وقضي على المدعي عليه بالدية
والاصل في ثبوت القسامة حديث سهل بن جثية قال وجد عبد الله
ابن سهل قتيلا في قليب من قليب خيبر فجا اخوه عبد الرحمن بن سهل
الي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعماه حوصه ومحيصنة فذهب
عبد الرحمن يتكلم عند النبي صلى الله عليه وسلم قال الكبير الكبير
فتكلم احد عميه اما حوصة واما محيصنة الكبير منهما فقال يا رسول الله
الله صلى الله عليه وسلم انا وجدنا عبد الله قتيلا في قليب من قليب خيبر
فذكر عداوة اليهود لهم قال افتاتونكم يهود تخلفون انهم لم
يقتلوا قال قلت كيف نرضي بايمانهم وهم مشركون قال فيقسم منكم
خمسون انهم قتلوه قالوا كيف نقسم على ما لم نره فوداه رسول الله
صلى الله عليه وسلم من عنده وروي الزهري عن سعيد ان القسامة
كانت في الجاهلية فاقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل
من الانصار وجد في حش للهود فارسل رسول الله صلى الله عليه وسلم
الي اليهود فكلهم قسامة خمسين فقالت اليهود ان يحلف فقال

للا نصار تخلفون فابت الانصار ان تحلف فاغرم رسول الله صلى
الله عليه وسلم اليهود دية لانه قتل بين اظهريهم وروى
حصيف عن زياد بن ابي مريم قال جاء رجل الي النبي صلى الله عليه وسلم
فقال يا رسول الله اني وجدت اخي قتيلا في بني فلان فقال اجمع منهم
خمسين فحلفون بالله ما قتلوا ولا علموا قاتلا قال يا رسول الله ليس
لي من اخي الا هذا قال بي مائة من الابل وقدر روي ابو يوسف عن الكلبي
عن ابي صالح عن ابن عباس انه قال وجد قتيلا فخير فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم اخرجوا من هذا الدم فقالت اليهود قد كان
وجد قتيلا في بني اسرائيل على عهد موسى عليه السلام فقضي في
ذلك فان كنت نبيا فاقض فقال لهم تخلفون خمسين ثم يغرمون
الدية فقالوا قضيت بالناموس يعني بالوحي وقال الشعبي كانت
القسامة في الجاهلية فاول من قضى بها في الاسلام عمر بن الخطاب
رضي الله عنه وروي عن الحسن بن الاربع قال قتل فينا قتيلا ما لمن
بين خير فكتب الي عمر بن الخطاب انه وجد قتيلا لا يدري من قتله
فكتب امير المؤمنين ان قس بين القريتين فايهما كان اقرب فالزمهم
فانوا عمر فاحلف منهم خمسين رجلا بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا
وكانوا سبعة واربعين رجلا فاخذ منهم رجلا حتى تموا خمسين
فقالوا نعطي ايماننا واموالنا قال نعم فم يطل دم هذا وروي ان
النبي صلى الله عليه وسلم كتب اما ان تودوا او تاذنوا بحرب من

الله ورسوله فقد دلت هذه الاخبار على وجوب الايمان على اهل المحلة
 وعلى وجوب الديّة عليهم ولان اهل المحلة يلزمهم نصرة محكم اذا فرطوا
 في ذلك لزمهم الضمان ولان الظاهر ان القاتل منهم وان الانسان لا يأتي
 من محلة فيقتل في محلة اخرين والقاتل منهم اما يقتل بظهرهم
 فصاروا كالعاقلة له فاما الذي قاله مالك والشافعي في استخلاف
 الاوليا فهو مخالف للعران لان الله تعالى قال ان الذين يشتركون به عهد الله
 وايمانهم ثمنا قليلا وقال النبي صلى الله عليه وسلم لو اعطى الناس بدعا ويهم
 لادعي ناس دما ناس واموالهم لكن البيّنة على المدعي واليمين على المدعى
 عليه وقد روي ابوب عن ابي رجاسولي ابي قلابه عن عمرو بن عبد العزيز
 استشار الناس في القسامة فاشاروا ان يقتلها وقالوا افادها
 رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر وعمر والخلفاء بعدهم وابو قلابه
 ساكت عند السرير او خلف السرير فقال عمر ما تقول يا ابا قلابه
 قال يا امير المؤمنين عندي روسا الاحاد واشراف العرب شهيد
 رجلان من اهل حمص على رجل من اهل دمشق انه سرق ولم يرياه
 اكتب بقطعة قال لا قال يا امير المؤمنين عندي روسا الاحاد
 واشراف العرب شهيد اربعة من اهل دمشق على رجل من اهل حمص
 انه زني ولم يروى اكتب برجمه قال لا قال ابو قلابه والله ما نعلم
 رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل نفسا بغير نفس الا رجلا كفر
 بعد الايمان او زني بعد الاحسان او قتل نفسا بغير نفس فحدث

ابو قلابه

٢٢٢
 ابو قلابه حديث خبير ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وداه من عنده
 ولان عين المدعي يعني لا يستحق بها المال ابتداء فلا يستحق به القصاص كنفوس
 الدعوي فاما قوله صلى الله عليه وسلم للانصار اتخلفون وتستحقون
 فعلي طريق الانكار عليهم لما قالوا لا نرضى بايمان اليهود بدلالة انه لو
 كان ابو القلاب يتخلفون وتستحقوا دم صاحبكم فلما اثبت البون علم انه
 على طريق الاستفهام والانكار والذي عرى علفون ويستحقون
 معناه اتخلفون لقوله لقوله تعالى تزيدون عرض الدنيا يعني تزيدون
 وانما اعتبر ان يكون القتل اثر لانه اذا لم يكن به اثر فالظاهر انه مات
 حتف انقه وليس يقتل فلا يتعلق به ضمان ولهذا قالوا ان من
 وجدوا الدم مخرج من انقه او منه او من فرجه فليس يقتل لان ذلك
 يكون برعاف وفي وعارض وان كان الدم مخرج من عينه او اذنه فهو
 قتل لان الظاهر ان هذا لا يكون الا بضرب حادث وانما استخلفوا
 بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا لان احدي اليمين على فعلهم فكانت على
 البتات والاخري على فعل غيرهم فكانت على العلم وفايدة قولهم ولا علمنا
 قاتلا لا يجوز ان يكون جني اذا عرفوا القاتل ذكره لان قولهم لا يقبل عليه
 عليه الا ترى انهم يسقطون بذلك الضمان عن انفسهم والفائدة فيه
 الحالف يجوز ان يقر على عبده فيقبل اقراؤه او يقر على غيره عبده من
 غير اهل المحلة فيصدقه الولي فيسقط الحكم عن اهل المحلة وانما
 قال ان العدد اذا لم يكمل كدوت الايمان لما روي عن عمر بن الخطاب رضي

الله عنده ان وافاه سبعة واربعون رجلا فكرر علي اخراهم اليهين حتي
تمت الخمسون ثم قضى بالدية وروي محمد بن سيرين عن شرح ان قسامة
كانوا ستة او سبعة فرد عليهم الايمان حتي حلفوا خمسين يمينا وروى
عن النخعي انه قال مثل ذلك وانما وجبت الدية علي عواقبهم لان
وجود القتل بين اظهريهم دون وجود قتل الخطا منهم فاذا كان
قبل الخطا علي العاقلة فهذا اولي واما قوله انه علي اهل الديوان
فعندنا ان العقل علي اهل الديوان فيمزله ديوان ومن لا ديوان
له فالعقل علي عاقلته من النصف وقال الشافعي لا يلزم اهل
الديوان الا ان يكونوا من النسب لنا ما روي عن النخعي انه قال كانت
الدية علي القبائل فلما وضع عمر الدواوين جعلها علي اهل الديوان
وهذا محضرة الصحابة من غير خلاف ولا يقال كيف يقبل فغل عمر
بخلاف فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لان الصحابة لو علمت
انه مخالف لفعله لانكروا وكيف يكون مخالفا ورسول الله صلى الله
عليه وسلم قضى علي العاقلة ولا ديوان ففهم الصحابة انه قضى
عليهم للنصف فلما صارت النصف بالديوان علقوا الحكم بالمعني
الذي علقه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانا العاقلة انما
تقتل النصف واهل الديوان يتناصرون به ويتقاتلون بقتالهم
دفعاً عن ديوانهم وقد كان الناس في الجبل والصفين يخرج كل قبيلة
الي قبيلتها فوجب ان يقدم الديوان لتعلق النصف به قال ابو الحسن

والذي يحلفون خمسون رجلا تخييرهم من العاقلة ولي الدم لان الايمان
حق للاوليا فلم ان تختار والآن في اختيارهم قايمة وهن انهم يستحلفون
من يتهمونهم او يستحلفوا صالح العشيرة الذين لا يحلفون علي الكذب
فان لم يكمل العدد كررت الايمان علي ما قدمنا فان كان العدد كاملا
فاراد الولي ان يكون علي بعضهم فقد روي عن محمد انه قال ليس لهم
ذلك لان الايمان في الاصول لا تكرر علي الواحد وانما فعلنا ذلك عند
نقصان العدد للضرورة فاذا تم العدد عدلنا الي الاصل قال وليس
يحلف فيهم صبي ولا امرأة ولا عبد وذلك لان الصبي لا يتعلق بقوله
حكم واليهين قوله ولانها عقد وعقود لا تتعلق بها حكم فاما المرأة
والعبد فليست من اهل النصف والايمان انما تجب علي من يبصر
البيعة قاله ابو يوسف وان كان مستري الدار من غير اهل المحلة
وقد وجد فيها القتل فان القتيالية عليه وعلي عاقلته في ذلك
المصر وكذلك دار بالسواد او ارض بالسواد يوجد فيها القتل
وهي لرجل من المسلمين في العلية او في موالهم وذلك لان صاحب الدار
اخض بنصف داره من اهل المحلة فصار مع اهل المحلة كاهل المحلة
مع اهل المصر فكما لا يدخل اهل المصر مع اهل المحلة كذلك لا يدخل
اهل المحلة مع صاحب الدار **فصل** قال وان كانت المحلة فيها
من قبائل شتى فان الدية والقسامة علي اهل الخطه وليس علي
المستري في قول ابي حنيفة قسامة ولادية وقال ابو يوسف

عليهم معهم وعلى السكان مع اهل الملك لا اهل الخطة والمستترين فالقسامة
على اهل الخطة عند ابي حنيفة ما بقي منهم واحدة دون المستترين وقالت
ابو يوسف القسامة والدية على اهل الخطة والمستترين جميعا ولم
يذكر ابو الحسن قول محمد وقد ذكره اصحابنا مع ابي حنيفة وجه قولها ان
اهل الخطة اخضر نصرة البقعة من المستترين والحكم يتعلق بالاخص فصار
المستترين معهم كلاجني ولان الفعل في الاصل يتعلق باهل الخطة
فما بقي منهم واحد لم ينتقل عنهم كوالي الاب لما لزمهم الفعل لم ينتقل
الى ووالي الام ما بقي من ووالي الاب واحد فكذلك هذا ومن اصحابنا
من قال ان ابا حنيفة بنى هذا على ما شاهد بالكوفة وقد كان اهل
الخطة الذين يدبرون امراحلة وسمر ونهادون المستترين فبنى الامر
على ذلك وجه قول ابي يوسف ان اهل الخطة يلزمهم القسامة
بالملك وهذا المعنى موجود في المستترين فهذا المعنى يلزم المستترين
بالاتفاق اذا لم يبق من اهل الخطة احد واما اذا فقد اهل الخطة وكان
في المحلة ملاك وسكان فعند ابي حنيفة ومحمد القسامة والدية على الملاك
دون السكان وقال ابو يوسف عليهم جميعا وجه قولها ان الملاك اخضر
البقعة من السكان لا تزي ان السكان يكونوا في وقت وينتقلون في وقت
والقسامة تجب على من هو اخضر بالنصرة وجه قول ابي يوسف ان النبي
صلى الله عليه وسلم اوجب القسامة على اليهود وقد كانوا سكانا خيبر
والجواب ان اليهود اقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم املاكهم وكان

ما ياخذه منهم على وجه الجراح قال واما اهل الذمة فهم كالاخوار المسلمين
يستخلفون في القسامة اذا كان القتل في محله لان النبي صلى الله عليه
وسلم اوجب القسامة على اهل خيبر ولان وجود القتل في محله كباشرة
الواحد منهم للقتل وهذا موجود في اهل الذمة والمسلمين **فصل**
وقال ابو حنيفة في القتل يوجد في السجن لا يعرف من قتله على بيت
المال قال ابو يوسف على اهل السجن القسامة والدية وجه
قول ابي حنيفة ومحمد ان اهل السجن مقهورون فالظاهر انه
لا نصرة لهم فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولا مستفعة السجن
لجماعة المسلمين بدلالة انه وضع لاستيفاء حقوقهم ولدفع الضرر
عنهم فصاروا اخضر نصرتهم فكانوا اولي بالقسامة فيه وجه
قول ابي يوسف ان الظاهر ان القتل حصل من اهل السجن فوجب
ان تكون القسامة عليهم وهذه المسئلة من فروع مسئلة المالك
والساكن لان اهل السجن في حكم السكان في البقعة فلا يلزمهم عند
ابي حنيفة ومحمد قسامة ولا دية **فصل** وقال ابو حنيفة
في السوق بوجه فيها القتل فعلى ارباب السوق وان كانت السوق
للعمامة فعلى بيت المال اما السوق المملوكة فعند ابي حنيفة ومحمد
يجب على مالكها لانه اخضر نصرتها وعند ابي يوسف يجب على سكانها
فاما اذا لم يكن مملوكة فهي كالشوارع العمامة التي تثبت فيها حق جماعة
المسلمين فما يوجد فيها يكون على بيت المال قال ولو وجد في مسجد

مطل

الجامع كان بيت المال وكذلك الجسور العامة وذلك لان الجامع الحسب
لا يختص به طائفة من المسلمين بل يتعلق به حق جماعتهم فما
يجب لاجله يكون في بيت المال وليس هذا كمساجد القبائل
اذا وجد فيها قتيل كان على اهل القبيلة لانهم اخص بنصرة
المسجد والتصرف فيه من غيرهم فصار وجود القتيل فيه كوجوده
في محلهم **فصل** وان وجد قتيل في سفينة فعلى ارباب
السفينة فان كان فيها ركاب مع اربابها فعليهم جميعا وهذا
ظاهر على قول ابي يوسف في اجار القسم والدية على الملاك
والسكان جميعا فاما على اصل ابي حنيفة ومحمد فمقربا بين هذا
وبين المحلة لان السفينة ما تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دوز للملك
كالدابة اذا وجد عليها قتيل قال وقال ابو حنيفة ان كان الشريك في
ملك رجل فعلى عاقله صاحب الملك وان كان للسلطان فعلى بيت المال
وذلك لان المالك للسوق اخص بنصرته فيلزمه ما يتعلق به
فاما سوق السلطان في المسلمين فما يتعلق بها عليهم وما وجب
على جماعة المسلمين يستوفي من بيت المال **فصل**
قال واذا وجد القتيل في نهر صغير جاري خاص فيما يقضي فيه
بالشفعة للشريك فعلى عاقله ارباب النهر وذلك لان هذا النهر
مملوك لهم اخص من غيرهم فتعلق به حكم ما يوجد فيه كالدار
المملوكة **فصل** قال ابو حنيفة في رجل يجرح في القتيل

فيحمل في اهلكه فيموت من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات
فعلى عاقله القتل بالقتامة وان لم يكن صاحب فراش فلا ضمان
فيه ولا قسامة وقال ابن ابي ليلى لا قسامة فيه ولا ضمان في
الوجهين وبه قال ابو يوسف وجه قول ابي حنيفة ان الجراحة
اذا ادت الى الموت فكان القتل حصل عقيبها بدلالة وجوب
القصاص على الجراح فصار في مسلتنا كان الموت حصل في المحلة
التي جرح فيها فيلزم اهلها القسامة والدية وجه قول ابي يوسف
ان الذي حصل في المحلة التي جرح فيها فيلزم اهلها القسامة والدية
مادون النفس وذلك لا يثبت به قسامة كمن قطعت في محله واما
اذا يكن صاحب الفراش فلا يعلم ان الموت حصل من الجراحة فلا
يلزم اهل المحلة حكمة قال واذا وجد قتيل في دور من دور الارباب
فان كان في درب تجمعهم مصلي فعليهم جميعا وان كان في درب تجمعهم
مصليان او ثلثة فهو على جميع اهل الدرب وعلى جميع الرقبى الذي
ذلك الدرب فيه الدرب بمنزله القتيله والدرب بمنزله الطريق من
طرق القبائل فكذلك هذه الارباب من في الحل وهي القبائل وذلك لان
اهل الدرب اذا جمعهم مسجد واحد فهم احضر بذلك الدرب
من اهل المحلة فكانوا اولي بالقسامة كصاحب الدار واهل
المحلة واما اذا كان فيه مصليان وثلثة فليس بعضهم به اخص
من بعض فصاروا كاهل المحلة الذين لا ينفردون به سواء كانت

القسامة عليهم جميعا قال بشر عن ابي يوسف اذا كانت الدار
مفرعة معلقة في يد رجل فوجد فيه قتيلا فعلى عاقلة رب
الدار القسامة والدية في قول ابي حنيفة واني يوسف وذلك
لان نضرة الدار تجب على من هي في يده فلو اسكنها او لم يسكنها وهكذا
ظاهر على اصل ابي حنيفة لانه يوجب على المالك دون السكان
فالسكان لا يعتبر بها فاما ابو يوسف فانها يوجب على السكان
لانه اخض باليد فاذا لم يكن فصاحب الدار اخض باليد وذكر عمرو
ابن ابي عمرو عن محمد قال ابو حنيفة في القتل اذا وجد في المحلة مثل
ما تقدم وزاد فيه ان الدية عليهم في الخطاياهم في ثلث سنين في
اعطيات المقاتلة دون اعطيات الذرية وان لم يكونوا اهل
الاعطاء وكانت لهم ارزاق جعلت لدية في ارزاقهم وهذا على
ما قدمنا ان الدية تجب على اهل الديوان فاما الدية فلا يخلو
في العقل لانه لا يضر لهم فلا يؤخذ من اعطياهم شيء فان كانوا من
اهل الرزق اخذ من رزقهم والفرق بين العطية والرزق او العطية
هو المعروض للمقابلة والرزق هو الذي يجعل لفقر المسلمين
اذا لم يكونوا معاملة قال وان كانت دوائهم على غير القبائل فعلى
العادات والرايات وذلك لان الديوان اذا كان على القبائل فقد
اجتمع في العقل القبيلة والديوان فيؤخذ الدية من ديوانهم
باجماع واذا لم يكن الديوان على القبائل فالمعتبر عندنا الديوان

فأما من يجمع دابة واحدة وقايد واحد وعرافه واحدة لانهم يتناصرون
بها **فصل** قال محمد ومراي بينهم ان تحلف جنس وذلك لان اليمين في
القسامة نفس الحق الا ترى انه يجمع بينها وبين الدية ولهذا قال
الحريث بن الازمع لعمر بن الخطاب ابتدلتا ما تانا واموالنا اما حري
هذه عن هذه قال لا وروي انه قال فيمن يبطل دم صاحبكم واذا
كانت اليمين نفس الحق فمن امتنع من الحق وهو يقدر على اذابه حس
وليس هذا كالتكول من ساير الاموال لان اليمين هناك ليست
بنفس الحق الا ترى ان المدعي عليه اذا لم يحلف ولم يقرب بدلا للمالك
لم يلزمه شيء فعلت ان المال هو الحق المدعي فاذا نكل استوفى المالك
فلا معنى للجنس لما ليس بحق قال ولا يقسم صبي ولا عيد ولا امرأة
ولا مدبر ولا مكاتب وهذا قد بيناه وذكرنا ان اليمين قوله والصبي
لا قوله والمرأة ليست من اهل النقرة والعبد والمدبر والمكاتب
لا يستنصرهم قال ويقسم الاعمي والمحدود في القذف والكافر وكذلك
لان الاعمي والمحدود يستحلان في الحقوق وتحصل بهما النقرة فهما
كغيرهما قال واذا وجد القتيلا في سوق المسلمين او في مسجد جماعة
فالدية على بيت المال ولا قسامة وذلك لان القسامة انما تجب على
من يختص بالنقرة وليس لهذه البقاع من تختص بنصرتها ولان اليمين
للتهم وذلك لا يوجد في جماعة المسلمين فاما الدية فانما تجب لان
جماعة تلك البقعة تلزم المسلمين فاذا افرطوا فيها ضمنوا قال ويؤخذ

مطالع

من بيت المال في ثلث سنين لان من حكم الدية ان تجب موجه بدلالة
العاقلة فاذا احدثت من غيرهم كانت موجه بدلالة ما يؤخذ من ما للمقر
بقتل الخطا انه يؤخذ في ثلث سنين قال فان كانت لرجل خاص فالدية
والقسامة عليه وعلى قومه وذلك لانه اخص بالفرق من المسلمين
فكان اولي بالقسامة قال محمد واذا وجد القتل في فلاة من الارض
نظري في ذلك المكان فان كان ملكا لاشان فالقسامة على ذلك الرجل
الذي يملك ذلك الموضع وعلى قبيلته وعليهم الدية وان كان ذلك
الموضع لاما لك له وكان موضعاً يسمع فيه الصوت من مصر من الامصار
فعلى اقرب القرى الى ذلك الموضع من مصر القسامة والدية
وان كان ذلك الموضع لا يسمع فيه الصوت وليس يملك احد فان
دمه هدر وذلك لان البقعة اذا كانت مملوكة فما كرها اخصر
فكان اولي بالقسامة والدية واذا لم تكن مملوكة وكان الصوت
يبلغ اليها من بعض القرى فعلى اقرب القرى اليها وان كان في مصر
فعلى اقرب محال مصر لما روي في قصة الحارث بن الازمع ان قتيلا
وجد بين وداعة وارحب فكتب الى عمر عامله بذلك فكتب اليه
بان تقس بين القرينين يوجد القتل الى وداعة اقرب فعضى عليهم
بالقسامة والدية ولان ما يبلغه الصوت من مصر في حكم البائع
له ولما اذا كان لا يبلغه الصوت وليس بمملوك لم يكن احد من الناس
اخص فلم يتعلق به حكم ولانه لا بد لاحد على هذه البقعة وقد ذكر

٢١٨
في الاصل في القتل يوجد بين قرينين انه يقاس اليهما الحديث
ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بان يدع بين
قرينتين في قتل وجد بينهما وامر عمر بن يقاس ما بين وداعة والقرية
الاخري وهذا عندنا على انه يبلغ الصوت الى الموضع ولم يذكر
ذلك محمد في الاصل وانما حكاها ابو الحسن عنه وذكره هلال وهو
صحيح لان الصوت اذا بلغ فالغوث يلحق تلك البقعة من القرية
واذا لم يبلغ الصوت لم يلحق الغوث فلا يلزمه شي **فصل**
قال وان وجد في مثل الفرات او دجلة جري به الماء فلا قسامة
فيه ولا دية على احد وذلك لان تلك البقعة لا تثبت عليها اليد
فلا تجب فيها القسامة قال فان وجد محسسا في موضع من
دجلة او الفرات فعلى اقرب القرى من ذلك الموضع من حيث
يسمع الصوت القسامة والدية وذلك لان شط الفرات
في يد من يقرب منه الاتري انهم يستقون منه الماء ويوردون
بهايمهم فصار في ايديهم ووجبت القسامة عليهم وقال في
القتل يوجد في العسكرة فلاة من الارض ليس في ملك احد
انه ان وجد في خيائهم او فسطاط ولجنا فعلى من يسكن الخبأ
والفسطاط القسامة والدية وعلى عواقلهم وان وجد خارجا
من الفسطاط ولجنا فعلى اقرب الاخبية منه القسامة
والدية وان كان القوم قد لغوا فتا لا فقالوا فلا دية ولا قسامة

في قتل يوجب اظهرهم ولذلك روى بشر عن ابي يوسف عن ابي
حنيفة انه لا قسامة فيه اذا القوا العدو ولا دية فان لم
يلقوا عدوا فعلى ارباب الارض التي فيها العسكر فان لم يكن لها
مالك فعلى عاقلة اقرب الاحية والنساطيط ودلالة نصر
اذا القوا عدوا فالظاهر ان العدو وقتله وان المسلمين لا يقتل
بعضهم بعضا فكان هدر وان لم يلقوا عدوا فان كان في خيمة فحسب
الخيمة احضن لها من اهل العسكر فصار كالقتيل يوجب في الدار
ان القسامة على صاحبها دون المحلة وان كان بين الخيم فعلى
جماعتهم كالقتيل يوجب في المحلة فان كان للارض مالك فالعسكر
كالسكان فوجب القسامة عند ابي حنيفة على المالك دون السكان
قال محمد اذا وجد القتيل في سفينة فالدية والقسامة على من في
السفينة وعلى من يدها من يملكها ومن لا يملكها اذا كان فيها
او كان يدها فعليهم القسامة والدية وكذلك العجلة والدة
وقد بينا ذلك وذكرنا انها تنقل وتحول ففارق الدار قال
واذا كان القتيل مع رجل بحمله او كان على دابة ولها قايدين وسائق
او راكب فعلى ابيهم كان القسامة والدية فان اجتمعوا جميعا
فعليهم وذلك لان القتيل في ايديهم فصار كوجوده في دارهم
قال عمر وسالت محمد عن القتيل يوجب في قرية امرأة لا يكون بها
غيرها قال قال ابو حنيفة يستخلف ويردد عليها الايمان وعلى

عاقلة الدية اقرب القبائل وهو قول محمد وقال ابو يوسف ينظر
اهل القبائل تكون القسامة عليهم ولا قسامة على المرأة قلت لمحمد
اقرب القبائل اليها في النسب او في الجوار قال بلى في النسب والصبي
ليس عليه قسامة وجه قولهما ان المرأة ممن يستخلف في الحقوق
وقد صارت ممن تلزمها الخصومة في هذا الموضع والمشاركة
في الدية فصارت كالرجل ولان وجود القتيل في الدار كما شرحتها
للقتل فاذا كانت ممن يستخلف صارت كالرجل وليس هذا كالصبي
لانه لا يستخلف في الحقوق وليس هذا كالقتيل يوجب في محلة
ان النساء لا تخلف لان اهل المحلة يلزمهم لاجل النصف والمرأة
لا تنصر وصاحب الدار يلزمه لانه كالمباشر وهو ممن يجوز
ان يباشر وجه قول ابي يوسف ان القسامة تجب بالنصف
فلا تدخل المرأة فيها كما لا يدخل مع اهل المحلة وقال اصحابنا
المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في هذه المسئلة في التحمل
وقد ذكرنا الطحاوي ان القبائل لا تدخل في التحمل الا ان يكون ذكرا
بالغا عاقلا فعلى ما قال اذا لم يدخل عند مباشرتها فغند وجود
القتيل في دارها او لي وكان اصحابنا ينكرون هذا القول ويقولون
ان الفتاة تدخل في الدية بكل حال وذكر في المنتقى في امرأة وجد
في دارها قتيل وقد انقضت قومها فاني احلفها خمسين جنيها ثم
اقسم الدية على اقرب القبائل من قومها فان جنت بعد هذه الجناية

اقسم عنها هلكوا الذين ضمهم العقل وذلك لان قومها لما انقرضوا لم
يبق منهم من يستحق القسامة غيرهم فاما الدية فيجوز ان يلحق من
بعد منها كما يدخلون مع عاقلتها اذا قتلوا فاذا وجد قتيلا اخر
فقد صاروا هاء ولا عاقلة لها فالقضا عليهم فيدخلون في الايمان
قال وسيل عمر عن رجل وجد قتيلا في ارض رجل في جانب قرية
ليس صاحب الارض من اهل القرية قال على صاحب الارض وذلك
لانه اخضر بنصره ارضه من اهل القرية فكان اولى بالضمان وقال
محمد بن قتيل وجدي في دار فالقسامة على رب الدار وعلى عاقلته
ان كانوا جيرانه وان لم يكونوا فعلى عاقلته من اهل المصر وعليهم
الدية وذكر في الاصل ان القتيلا اذا وجد في دار رجل فالقسامة
على رب الدار وعلى قومه وذكر في اختلاف زفر واي يوسف ان
القسامة عليه وعلى عاقلته غيبا كانوا او حضورا وقال ابو يوسف
القسامة على العاقلة وكان ابو الحسن يقول ان كانت العاقلة
حاضرة في المصر دخلوا في القسامة وان كانت غائبة فالقسامة
على صاحب الدار تكون عليه الايمان والدية عليه وعلى العاقلة
اما دخول العاقلة في القسامة اذا كانوا حضورا فهو على قول ابي
حنيفة ومحمد وظاهر قول ابي يوسف يقتضي الايدخلوا وجبه
قولها ان الحضور يدكر منهم نصف الموضع كنصف صاحب الدار فوجب
ان يشاركوه في القسامة ولا يتم شاركهم في التهمة فشاركهم في القسا

كما شاركوه في الدية واما اذا كانوا غيبا فالتهمة قد ارتفعت في حقهم
لانه قد علم انهم لم يباشروا القتل ولا يلحق الموضع نصف من جميعهم
والقسامة تثبت باحد هذين المعينين وليس القسامة من القتل
في شيء لانه لا يتعلق بالتهمة الا ترى انهم يحملون عن القاتل المعين اذا
كان صديقا او مجنونا او خاطيا وجه قول زفر انهم عطاوا الزمهم
الدية فكذلك القسامة كاهل المحلة وجه قول ابي يوسف
ان صاحب الدار اخص بالتهمة فلم يشارك في القسامة كما لا يشارك
اهل المحلة عواقلهم وقال ابو يوسف لو ان رجلا معه جرح
به وفق محله حتى اتى به اهله فكث يوما او يومين ثم مات
لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف وفي قياس قول ابي حنيفة
يضمن وهذا فرع على من جرح في قبيلة فتحامل الى اخرى فمات
ووجه البناء ان الحامل قد ثبتت يده عليه مجروح فاذا مات
من الجرح فكانه مات في يده قال واذا وجد الرجل قتيلا في دار
نفسه فديته على عاقلته لو رثته في قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد لا شيء فيه وهو قول زفر والحسن وروي ابي يوسف
عن ابي حنيفة مثله وجه قول ابي حنيفة ان القسامة تثبت
في حال ظهور القتيلا بدلالة ان من مات قبل ذلك لا يدخل في
الدية وحال ظهور الدار لو رثته فكانت الدية على عواقلهم
كما لو وجد في دار ابنته ولا يجوز ان يقال اذا كان الوجوب على الورثة

ان ديوته تقضي منها وتنفذ وصاياه وانما يملكها ورثته بسبب
 اخر ومثل هذا غير ممتنع كما لو وجد الاب قتيلا في دار ابنه او وقع
 في بير حفرها ابنه وجه قولها ان الحكم يتعلق بحال الجرح والدار
 في تلك الحال ملك للمقتول فكانه قتل نفسه ولان وجود القتل
 في الدار كما شرع صاحبها للقتل فكانه قتل نفسه وقد قالوا في المكاتب
 اذا وجد قتيلا في دار نفسه فدمه هدر لان داره في حال ظهوره
 ليست هي للورثة وانما هي على حكم ملكه الي ان يقضي مال الكفاية
 فصار كأنه هو القاتل لنفسه وقد روي محمد عن ابي يوسف
 في رجلين في بيت ليس معهما احد وجد احدهما مذبوحا قال
 اضمن الاخر الدية وقال محمد لا اضمن وجه قول ابي يوسف ان
 الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه ولهذا اذا وجد قتيلا في محلة
 كان عليهم ولم يعتبر جواز ان يكون قتل نفسه واذا كان الظاهر
 ان غيره قتله وليس هناك اقرب من الاخر كانت الدية عليه
 وجه قول محمد انه يجوز ان يكون القتل قتل نفسه ويجوز ان يكون
 الاخر قتل ~~فلا~~ اضمنه بالشك قال واذا وجد في دار المكاتب
 قتل فهو عليه يسعي في الاقل من قيمته ومن الدية لان وجود
 القتل في داره كما شرعته للقتل ولا يجوز ان يلزم مولاة كما يلزم
 في مباشرته قال ولو وجد المولى في دار المكاتب قتيلا كان عليه الاقل

قطعها فادخلها
 عن المالك

ان ديوته تقضي منها
 وتنفذ وصاياه
 وانما يملكها ورثته
 بسبب اخر
 ومثل هذا غير ممتنع
 كما لو وجد الاب قتيلا
 في دار ابنه او وقع
 في بير حفرها ابنه
 وجه قولها ان الحكم
 يتعلق بحال الجرح
 والدار في تلك الحال
 ملك للمقتول فكانه
 قتل نفسه ولان وجود
 القتل في الدار كما شرع
 صاحبها للقتل فكانه
 قتل نفسه وقد قالوا
 في المكاتب اذا وجد
 قتيلا في دار نفسه
 فدمه هدر لان داره
 في حال ظهوره ليست
 هي للورثة وانما هي
 على حكم ملكه الي ان
 يقضي مال الكفاية
 فصار كأنه هو القاتل
 لنفسه وقد روي محمد
 عن ابي يوسف في رجلين
 في بيت ليس معهما
 احد وجد احدهما
 مذبوحا قال اضمن
 الاخر الدية وقال محمد
 لا اضمن وجه قول
 ابي يوسف ان الظاهر
 ان الانسان لا يقتل
 نفسه ولهذا اذا وجد
 قتيلا في محلة كان
 عليهم ولم يعتبر
 جواز ان يكون قتل
 نفسه واذا كان
 الظاهر ان غيره
 قتله وليس هناك
 اقرب من الاخر كانت
 الدية عليه وجه
 قول محمد انه يجوز
 ان يكون القتل قتل
 نفسه ويجوز ان يكون
 الاخر قتل فلا اضمنه
 بالشك قال واذا وجد
 في دار المكاتب قتل
 فهو عليه يسعي في
 الاقل من قيمته ومن
 الدية لان وجود القتل
 في داره كما شرعته
 للقتل ولا يجوز ان
 يلزم مولاة كما يلزم
 في مباشرته قال ولو
 وجد المولى في دار
 المكاتب قتيلا كان
 عليه الاقل

من الغنمة او الدية لان وجود المولى في داره كما شرعته لقتله
 قال لو كان القية حالة لان القية تلزم بالمنع من الدفع فيكون
 حالة كما يجب على المولى بجنايه مديوم قال ولو وجد المكاتب قتيلا
 في دار مولاة فعلى مولاة قيمته في ثلث سنين ولا تحمله العاقلة
 لان وجود المكاتب في دار السيد كما شرع السيد للقتل
 الا ان العاقلة لا تتحمل لان المكاتب على ملكه وان جانيته عليه
 بعقد عقد وذلك العقد ثابت فيما بينهما غير ثابت في حقهم
 كما لو وجد في داره عبد قن له قال واذا وجد في داره عبد ماذ
 له في التجارة وعليه دين او لا دين عليه او عبد ماذون او وجد
 في داره قتل فعلى عاقلة مولاة القسامة والدية وقد قالوا
 ان القياس في العبد الماذون يوجد في داره قتيلا ان تجب
 القسامة على العبد ويقال لمولاة ادفعه او اقدم وفي الاستحسان
 يجب على المولى ولا يجب على العبد اما وجه القياس فلان العبد
 في التجارة كالحرة ولو وجد قتيلا في داره حرة كان له هو القاتل
 فكذلك العبد يدفع او يدفع اذا لو باشر القتل وجه الاستحسان
 ان العبد ليس بمن يجب عليه الجناية بالقول بدليل لو اقر بالجناية
 لم يجز اقراره والقسامة قول العبد فلا معنى لاستحلافه ولو اقر
 لم يقبل قوله واذا سقطت القسامة عبد العبد وجبت على
 المولى لان الملاك له ولو كان العبد عليه فينبغي في قياس قول ابي حنيفة

ان تجب علي العبد في القياس لان المولي لا يملك ماله في الاستحسان
يجب علي المولي لان المولي وان كان لا يملك فالغرم ايضا لا يملك كون
الدار والعبد لا يملك له والمولي اقرب الناس اليه كانت القسامة
عليه قال ولو وجد الما دون في دار مولا قتيلا فان كان عليه فان سئل
المولي قيمته لغرم ما به حالة في ماله وهذا بمنزلة استهلاكه اياه بعق
ولا تكون القيمة عليه في ثلث بلدين وكذلك لو قتل عدا فعليه
قيمته حالة وكذلك لو كان العبد جني جنابة ثم وجد قتيلا في دار
مولا فعلي المولي قيمته حالة وكذلك لو قتل خطا وهو لا يعلم وذلك
لان العبد علي ملك المولي وقيل الانسان يملكه لا يتعلق بضماني وانما
لزمه الضمان هاهنا لما يتعلق علي العبد من الحق وهذا لا يعرف في
الجنابة فلم يلزم العاقلة وانما كان حاله في حكم ضمان الاستهلاك
الا ترى انه صار ما يغابا الجنابة من بيعه في الدين واستليه من
الجنابة والضمان المعلق بالمنع يكون حالا قال محمد واذا وجد ابن
الرجل او اخوه قتيلا في داره فان علي عاقلته دية ابنه ودية
اخيه وان كان هو وارثه وهذا علي ما بينا ان وجود القتل في الدار
كمباشرة صاحبها للمقتل فيلزم عاقلته ذلك للمقتول ثم يستحقها
صاحب الدار بالارث وقال بشر عن ابي يوسف في العبد الرهن
يوجد في دار الراهن او المرتهن قتيلا فالقيمة علي رب الدار دون
العاقلة ولما اذا وجد في دار الراهن فلانه علي ملكه وانما صار

مضمونا

٢٩٤
مضمونا عليه فالعقد مللي عقد وذلك العقد بينه وبين المرتهن فيلزمها
حكمه دون العاقلة واما اذا وجد في دار المرتهن فالقيمة علي عاقلته لان ضمانه
لم يتعلق بالعقد فهو كعبد رهن وانما قال ابو يوسف انه في قالته علي
اصله ان العاقلة لا تحمل قيمة العبد وما يلحق بهذا الباب ما قال محمد
في الاصل في دار بين رجلين لاحدهما الثلثان والاخر الثلث فالدية
علي عاقلتهما نصفان لان النصف لا تتبع فكل واحد منهما يلزمه
نصف الدار كما يلزم لآخر وهذا علي ما قلنا ان دار الوبيعت الي جانبها
لنساويا في الشفعة وقال اذا وجد بدن قتيلا في محلة او اكثر بدنه
فان القسامة واجبة وان وجد عضو من اعضائه او اقل من نصف
النفس فلا قسامة فيه لان القسامة انما تجب في القتل والعضو
لا يسمى قتيلا ولا مالا او جينا في الاقل القسامة او جينا في الثاني
قسامة اخري فيودي علي ايجاب قسمتين في نفس واحدة وهذه
لا تصح وهذه المسئلة نظير ما قالوا في الصلاة علي اكثر البدن اذا
وجد وان وجد الاقل لم يقل عليه وذكر الطحاوي ان القاتل يدخل
مع العاقلة في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقال الشافعي لا يدخل
معهم لاننا ان القياس سقي بحمل العاقلة ويقضي وجوب الدية علي
القاتل لانه يدي النفس كالقود ولانه بدل متلف كالقيمة في المتلفات
وانما اوجبنا علي العاقلة مقدار ما اجمعوا عليه ولا نهم تحملوا علي طريق
التخفيف فاذا جعل كواحد منهم لم يجز في ذلك القدر لا تخفيفهم لان مثله

قد لزم كل واحد منهم فليس بان تحققوا عنه باولي من ان تخفف عنهم
فصل قال في الجامع الصغير فبمن باع دارا فوجد فيها
قتيل ان الدية على من الدار فيه سواء كان هناك خيارا ولم يكن
وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الدية على مالك الدار
ان لم يكن ثم خيار وان كان ثم خيار فعلى من تصير له الدار وقال
زفر الدية على المشتري الا ان يكون للبائع الخيار فتكون الدية عليه
في جميع الاحوال وجه قول ابي حنيفة ان الدار مادامت في يد البائع على
حكم ملكه وهو اخضر باليد فيها فصار كما قبل البيع ولان ظهور القتل
في الدار بمنزلة مباشرتها لقتله والدارها هنا على حكم ملك البائع
وفي يد فكانت هو القاتل ولا نهذا هو معنى يتعلق به الضمان فصار
كجناية العبد في يد البائع قبل القبض فيكون كالعيب فلا يلزم ضمانه
للمشتري ولا يقال فنجب ان يكون للمشتري الخيار لان هذا الضمان لم يتعلق
برقبة الدار وانما يجب على العاقلة فلم يكن عيبا وجناية العبد تتعلق
برقبته فصار عيبا وليس بمنع ان يكون هذا كجناية العبد من وجه
وبقائه من وجه فقولها ان الملك للمشتري وليس للبائع يد
تصرف الا ان يتصرف فصار كالمودع واما اذا كان ثم خيار فعلى من تصير
له الدار لانها ان صارت للبائع انفسح البيع بالخيار فصار كما لم يكن
وان صارت للمشتري فقد ملكها بالعقد فكان الخيار كما لم يكن واما
زفر فاعتبر للملك حال الظهور وزواله بعد ذلك بالخيار والاجابة كالبيع

فصل قال في الاصل اذا ادعى الولي القتل على رجل من اهل
المحلة بعينه فالقسامة والدية محالها وروي ابن المبارك عن ابي
حنيفة ان القسامة سقط وعن محمد مثله قال ابو يوسف القياس
ان تسقط القسامة الا انا تركناه للاثر وجه رواية الاصل
انا قد علمنا ان القاتل احد اهل المحلة في الظاهر ولهذا يجب عليهم
الضمان فاذا ادعى الولي ذلك على واحد بعينه فلم يرد على ما علمناه فلم
يتعين حكم القسامة ولان هذه الدعوى لا يثبت بها القتل عليه
فصار كعلمنا بان القاتل منهم وجه الرواية الاخرى ان دعواه على واحد
ابرا للباقي فلم يحجز استحلافهم مع ابو الولي لهم قال واذا ادعى الولي القتل
على رجل من غيرهم فقد ابراهم من القسامة والدية لان هذا المعنى لم
يحكم به لظهور القتل فصار دعوى الولي له نقيا للقتل عن اهل المحلة فان
شهد اثنان من اهل المحلة للولي بقتل الدعوى لم تقبل شهادتهما في قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقتل وجه قول ابي حنيفة ان شهادة
اهل المحلة قبل الدعوى على غيرهم لا تقبل فاذا ابراهم الولي اتهم ان يكون
توصل بالبراة الى تصحيح قلم تقبل ولان اهل المحلة صاروا اخصوا
في هذه الدعوى فلم تقبل شهادتهم لان خروجهم من الخصومة
كالوكيل اذا خاضهم ثم عزل ولان الولي اصطنع اليهم معروفا
حين اسقط عنهم القسامة والدية فانهم ان يكونوا قاتلوه
على ذلك والشهادة تسقط بالتهمة وجه قولها ان اهل المحلة

لا يدفعون هذه الشهادة عن انفسهم مغرما ولا يجتذبون بها مغنا فوجب
يقبل كالأجانب قال ولو ادعى الاوليا القتل على واحد من اهل المحلة بعينه
فشهد شاهدان من اهل المحلة عليه تقبل شهادتهما في قولهم لان الخصومة
قائمة بعد هذه الدعوى على ما بينا فالشاهد يقطع عن نفسه الخصومة
الا انه روي عن ابي يوسف ان الشهود يحلفون بالله ما قتلنا ولا
يزادون على ذلك لانهم قد اخبروا انهم قد عرفوا القتيل فلم يقبل قولهم
فلا معنى لاستخلافهم وروي عن محمد انه قال يحلفون بالله ما قتلنا ولا
علمنا له قاتلا غير فلان لانهم لما اقروا بالقتل على رجل واحد صار ذلك
الرجل مستثنا في اليمين فبقي حكم من سواه وما لم يورده ابو الحسن من
المسائل المشهورة في الاصل ما قاله محمد اذا قطعت المرأة يد رجل عدا
او جرحته ثم تزوجها على تلك الجراحة او الشجة او الضربة او القطع لليد
فاز بد الرجل من ذلك جاز النكاح والارش مهر الها سوا كان القطع عدا
او خطأ لانه لا قصاص بين الرجال والنساء فيما دون النفس وانما الواجب
المال فصار كرجل له على امرأة دين فترزوجها على ذلك الدين جاز النكاح
وكان الدين مهر الها في قولهم جميعا وان كانت الجراحة عدا فمات منها فالقياس
عند ابي حنيفة ان يجب عليها القصاص ويجب لها المهر والاستحسان
الاقتصاص عليها ويلزمها الدية في ما لها ولها عليه مهر مثلها فيقتصاصان
ويتراد ان الفضل وان كان القطع خطا فالدية على عاقلتها ولها عليه
مهر مثلها وقال ابو يوسف ومحمد ان كانت الجراحة عدا فكانت تزوجها على

الدية فيجوز النكاح على ذلك فان كان مهر مثلها مقدارا لدية
فسقط عن العاقلة لان العاقلة تعقل عن القاتل وان كان مهر
مثلها اقل من ذلك فمهر مثلها ويسقط ذلك المقدار عن العاقلة
وما زاد على ذلك ان كان الرجل ليس بصاحب فراش وتلك الزيادة
تخرج من الثلث جاز وان كانت وصية للعاقلة وان كانت لا تخرج
من الثلث جاز منها مقدار الثلث وبطل الفصل وهذا فرع
على اختلافهم فيمن صالح من الجراحة قال سنا وقد قدمناه ولو
كان تزوجها على اليد وما يحدث او على الجناية فعلى قولهم جميعا
كما قال ابو يوسف ومحمد في الفصل الاول وذلك لان التزوج وقع
على الامرين جميعا **فصل** قال ابو حنيفة اذا قطع يد
رجل عدا ثم قتله فالولي بالخيار ان شاقطع يده وان شاقطله وقال
ابو يوسف ومحمد يقتله ولا يقطع يده وجه قوله تعالى وان
عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتهم به ولا نهما جنايتان يكن المماثلة فيهما
فجاز للولي ان يقتص منهما كما لو كان الجاني اسنن وجه قولها ان ما دون
النفس يسقط حكمه مع النفس اصله اذا قطع يده خطا ثم قتله ولا للامام
ان يامر بالقتل فلولا ان القطع ليس بواجب لم يامر الامام بتركه لان الامام
لا يشفع للخصم والجواز اما الخطا فلان الواجب به المال وما دون النفس
قبل البر لا يستقر ما فيه من الارش فكذلك دخل في الدية واما القصاص
فعقوبه فكذلك فاذا امكن استيفا المماثلة فيها لم يتدخل واما الامام

فانما يسر للولي الاول من الامر ان يشفع او يلزم قول القاطع فلا
يجوز **فصل** قال اصحابنا اذا قطع يد رجل عدا فمات من ذلك
فللولي ان يقتله ولا يقطع يده وقال الشافعي يقطع يده وان مات
والاقتل لنا ان القصاص هو المماثلة ولو قطعنا يده ثم قتلناه استوفينا
منه اكثر مما استوفى وذلك لا يجوز ولان ما دون النفس في اسرى
الي النفس سقط حكمه كالخطا **فصل** قال اصحابنا لا يستوفي
الغود الا بالسيف وقال الشافعي يقتل القاتل بمثل ما قتل من الالة
واختلف اصحابه فيمن اوجر رجلا جرحا حتى مات فقال بعضهم يوجر
المات حتى يموت وقالوا فيمن يلوط برجل حتى مات يجعل له الالة من الخشب
يفعل به كما فعل فان مات والاقتل لنا قوله صلى الله عليه وسلم
لا قود الا بخديده وقال ان احسن قتلة المسلمين فاذا قتلتم فاحسنوا
القتله ولا نه تفويت يقع على وجه مباح فاعنبر فيه اوجز
الالات مع القدرة كالذبح **فصل** وقالوا فيمن اطعم غيره سمًا
فمات فان كان الميت اكله بنفسه فلا ضمان على من اطعمه ولكنه يعزر
ويضرب وان اوجر فعلية الدية الوجه في ذلك ما روي ان امرأة
اضافت النبي صلى الله عليه وسلم وقدمت له شاة مسمومة ومات
من ذلك بشر بن الراس مغرور ولم يقتض رسول الله صلى الله عليه وسلم
منها لانه اكل بنفسه ولانه اذا اكل بنفسه فهو القاتل لها والذي
قدم الطعام انما قربه منه وهذا لا يتعلق به ضمان النفس **فصل**

قار

قال اصحابنا اذا اصطدم الفارسان فماتا فدية كل واحد منهما على عاقلة
الاخر وقال زفر على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الاخر وهو قول الشافعي
وقد روي عن علي بن ابي طالب قولنا والاصل فيه ان كل واحد منهما مات من صدم
صاحبه له فصار كمن بني حايطا في الطريق فصدم رجلا فمات ولا
يجوز ان يعد بصدم كل واحد منهما مع صدم الاخر لان ذلك لو كان جناية
من الانسان على نفسه لم يلزم بينا الحايط في الطريق جميع الدية
لان الميت قدم شي اليه وصدمه ولذلك حافر البير يلزمه جميع
الدية وان كان المات شي قدم شي اليها الا ان فعله غير متعدي به في الجناية
على نفسه وجه قوله زفر ان كل واحد منهما مات بجنايتين وهو صدم
صاحبه وصدمه لصاحبه فصار كمن جرح نفسه وجرحه اجنبي
وقد قالوا في رجلين بدا جلا حتى انقطع فسقط كل واحد منهما على ظهره
فماتا فلا ضمان فيهما لان كل واحد منهما لم يميت من فعل صاحبه الا تري
انه لو غلب فعل احدهما الاخر لجذب به على وجهه فلما سقط على قفاه
علم انها تكافيا في الفعل ومات كل واحد منهما من فعل نفسه ولو سقطا
على وجوههما فماتا فدية كل واحد منهما على عاقلة الاخر لانه مات من
جذبه ولو سقط احدهما على ظهره فماتا جميعا فدية الذي سقط
على وجهه على عاقلة الاخر لانه مات من كدبه ودية الذي سقط
على ظهره هدر لانه من فعل نفسه وان قطع قاطع الحبل فسقطا
جميعا فماتا فلا ضمان على القاطع لانه سبب في اطلاقهما وقالوا في صبي

في يدي أبيه جذبه رجل من يده والاب يمسه حتى مات فديته على الذي
جذبه من يدي أبيه ويرثه ابوه لان الاب ممسك بحق والجاذب متعدي
في الجذب فكان الضمان عليه ولو تجاذب رجلان صبيا واحدهما يدعي
انه ابنه والاخر يدعي انه عبده فمات من جذبهما فعلى الذي يدعي
انه عبده ديته وذلك لان المتنازعين في الصبي اذا تم احدهما انه
ابوه فهو اولى به من الذي يدعي انه عبده فصار امساكه بحق وجذب
بغير حق وضمن وقالوا في رجل في يده ثوب ليست به رجل فجذبه
صاحب الثوب من يده فتمزق الثوب ضمن الممسك نصف الخرق لان
الامساك ليس ادى فيمكنه دفعه بغير جذب فاذا جذب فقد حصل
التلف من فعلهما فانقسم الضمان بينهما وقال في رجل عرض ذراع رجل
فجذب ذراعه من فيه فسقط اسنانه وذهب لحم ذراع هذا
قال لهدر ديه الاسنان ويضمن العاض ارش الذراع وذلك لان
العض ضرر فله ان يدفعه عن نفسه بالجذب فما يتولد منه
من سقوط الاسنان لا يضمنه وقالوا في رجل جلس الى جنب رجل
فجلس على ثوبه وهو لا يعلم فقام صاحب الثوب فانشق ثوبه من جلوس
هذا عليه قال يضمن نصف الشئ لانه لم يكن له ان يجلس عليه فصار
ذلك متعديا وقد حصل التلف من الجلوس والجذب فانقسم الضمان
وقال في رجل اخذ بيد انسان فجذب الاخر يده من يده فانقلب
فمات قال لان كان انما اخذ يده لمصاحبة فلا شيء عليه وان كان اخذ يده

٢٤٢
بعضها فاداه فمدها ضمن ديته وذلك لانه اذا صاحفه فلم يجذب يده لدفع
ضرر فصار جانيا على نفسه واذا اذاه بعصرها فاداه دفع الضرر عن نفسه
فان مات ضمن الممسك وان انكسرت يد الممسك لم يضمن الجاذب وقرر
محمد بن جذب الثوب وبين جذب النفس فقال في الثوب اذا عرف ان الضمان
ينقسم وقال في النفس انها كلها مضمونة لانه لم يجعل جذب الانسان جنابة
منه على نفسه كما لم يجعل صدمه لعزم جنابة على نفسه وجعل ماله لثوبه
جنابة منه على ثوبه فيقسم الضمان بينهما **فصل** قال اصحابنا
فمن قطع اصبع رجل عمدا وقطع اخريه من الزند عمدا فمات فالقصاص
على الثاني وقال زفر عليها وبه قال الشافعي وجه قوله ان الموت حصل
ولم يبق للجنابة الاولى اثر فصار كما لو سب ثم مات ولا نوال الجنابة بالقطع
اكثر من زوالها بالبر لان البر قد ينتقض فاذا كان زوالها بالبر يقطع حكم
السراية فزوالها بالقطع اولى وجه قول زفر ان القطع الاول انقضت النفس
منه لم يتكامل بالقطع الثاني فصار الموت منهما فوجب القصاص عليهما
فصل قال ابو يوسف في رجلين قتل كل واحد منهما ابن الاخر
عمدا وكل واحد منهما وارث الاخر فلا قصاص عليهما ويضمن كل واحد
منهما الدية في ماله وقال زفر يقال للقاضي ابتدي بهما شيئا
وسلمه الى الاخر حتى يقتله ويسقط قصاص الاخر وقال الحسن بن زياد
يوكل واحد منهما وكيله يستوفي القصاص فيقتلهما الوكيلان معا وجه
قول ابى يوسف ان القصاص قد سقط في احد القتيلين لانا اذا ابدانا احدهما

فقتلناه ورثه الآخر فسقط القصاص عنه وإذا سقط القصاص عن
أحد القاتلين بغير عينه صار شبهة في سقوطه عنهما كما لو عني عن أحدهما
ولم يعرفه ولأننا لو بدنا بأحدهما لو فئناه حقه واسقطنا حق الآخر
ولا يجوز أن يثبت الحق لمستحقين فيوفي القاضي حق أحدهما ويسقط الآخر
وجه قول زفر الحق ثابت لهما لم يسقط وللقاضي الخيار في الابتداء بأي
الحقين شافا إذا اقتصر من أحدهما سقط القصاص عن الآخر حكما
وجه قول الحسن أنه يمكن له استيفا القصاص منهما بالوكالة حتى
يصير كل واحد منهما مقتولا في الحالة التي تقل فيها الآخر فلا يتوارثان
ولا يسقط الآخر وهذا ليس بصحيح لأنه يمكن أن يقع الصبرين معا ولا يمكن
أن يكون خروج الروح معا فيجوز أن يسبق خروج الروح في أحدهما
الآخر وذلك يسقط القصاص وقد قالوا في رجل قطع يده رجل عدا ثم
أن المقطوعة يده قتل ابن القاطع عدا ثم مات المقطوعة يده من القطع
قال علي القاطع القصاص لولي المقطوعة يده لا للمقطوعة يده مات
بجنايته قبل أن يخلد يده بالقصاص للقاطع فوجب القصاص على القاطع
فلم يسقط بقتل المقطوع للابن **فصل** ذكر الطحاي
فمن أرسل كلبا أو طائرا أو دابة فاصابت في فورها إنسانا فالتفتت
أنه لا يضمن في الطائر والكلب ويضمن في الدابة وكان أصحابنا
يقولون يضمن في جميع ذلك وقد روي عن محمد مثل ما قاله الطحاوي
وعن أبي يوسف أنه يضمن وجه قول أبي يوسف إذا أرسل سبب

في التلف فصار كحفر البير ولأن ما اصابته في فورها فهو بسبب إرساله
فصار كالسابق وجه قول محمد أن الطائر والكلب كل واحد منهما خارج عن
يد من يتولد منهما إنما يتولد من فعله فلا يضمنه المرسل وهذا الذي
قاله موجود في الدابة للمتلفة ويجوز أن يفصل فيقول إن الدابة إنما تصيب
بصددها والمرسل كالمدافع لها فاما الكلب والطائر فأنما يصيب
بجرحه وذلك فعل مبتدأ منه فصار ككدم الدابة **فصل**
قال أبو حنيفة فبين فقاعيني عبد فؤلاه بالخيار أن شاسله إلى
القاضي وأخذ قيمته وإن شأ أمسكه ولا شيء وقال أبو يوسف
ومحمد تمسك وبأخذ ما نقصه وقال الشافعي بمسكه وبأخذ جميع
القيمة وجه قول أبي حنيفة أنه لو فقا أحدي عينييه وجب نصف
القيمة فإذا فقاها أحب بعهما ضعف ذلك كعيني الحر ولا يلزم
علي هذا الباع إذا فقا عيني العبد أنه لا يسقط جميع الثمن لأن
الباع لا يلزمه أضرار جناية وإنما يسقط بجنايته ما نقص المبيع
ولا يجوز أن يكون النقصان جميع القيمة مع بقاء العبد وإذا ثبت
أن الواجب فيهما جميع القيمة لم تجز أن يأخذها مع بقاء العبد على
ملكه فيجتمع البدل والمبدل في ملك واحد فيما يصح تملكه بالمعاوضات
كما لا يجمع المبيع والثمن في جميع ملك واحد ولا يلزم علي هذا
إذا اشترى عبدا ببيع فاسد فقبضه وملكه والثمن على ملكه
لأن الثمن ليس يبدل في البيع الفاسد وإنما المبدل القيمة وقد ملكه عليه

حين ملك العبد فلم يجتمع البدل والمبدل في ملكه فلا يلزم اذا غضب مدبرا
فابق منه ان المولى يضمنه قيمته والمدير على ملكه لانا قلنا فيها يصح
ملكه بالمعاوضات والمدير لا يصح تملكه ولا تلزم الهبة على عوض اذا
سلمها ولم يقتض انه على ملك الموهوب فاجتمع على ملكه العوض
والمعوض لان الهبة بتعوض لا يتعلق الاستحقاق فيها الا بالقبض
فما لم يقتض العوض لم يكن عوضا فلا يجتمع على ملكه عوض ومعوض
ولا يلزم على هذا مسله كتاب المادون وهي اذا اشترى عبدا بحارية
على انه بالخيار فقبض العبد واعتقها جميعا معا بعد عتقه
فيهما واجتمع العوض والمعوض على ملكه لانه لما اعتقها فسدت
البيع في الجارية وصار العوض عن العبد القيمة وهلك
عليه في مقابلة ذلك العبد فلم يجتمع العوض والمعوض فلا يلزم
من استاجر شيئا واسلف الاجرة ان الموجه يملكها والمنافع على
ملكه لان المنافع لا تملك عندنا الا بعد وجودها وكل ما وجد
جز منها حدث على ملك المستاجر ولا يجتمع على ملك الموجه العوض
والمعوض ولا يلزم على هذا اذا غضب غاصب عبدا فجنى عبدا
جناية ثم رده على مولاة فجنى عبدا اخرى ودفعه بالجنايتين انه
يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعها الي ولي الجناية الاولى
وهي عوض عن نصف الرقبة التي سلم له فيجتمع على ملكه العوض والمعوض
وذلك لان ولي الجناية انما ياخذها عوضا عن جنايته ونحن لا نمنع ان يملك

الرجل العوض والمعوض وذلك لان ولي الجناية انما ياخذها عوضا عن
جنايته ونحن لا نمنع ان يملك الرجل العوض والمعوض بغير سبب المعاوضة
كرجل استوهب المبيع من البائع والثمن من المشتري او ورثهما واما
الكلام على الشافعي فلا جناية على ملكه فلم يكن من شرط ضمانها
تسليم الملك كالجناية على الثوب والمدير **فصل**
قال ابو حنيفة وابو يوسف اذا غضب رجل عبدا فقتل عبدا قتيلا
خطا فرده على مولاة فقتل عبدا قتيلا خطا فدفعه المولى بالجنايتين
رجع على الغاصب بنصف القيمة ودفعه الي ولي الاول ثم رجع به على
الغاصب فسلم له وقال محمد وزفر اذا اخذ نصف القيمة لم يدفعها
الي ولي الاول وجه قولها ان الاول قد استحق جميع الرقبة بدلالة
انه لو لم تجز دفع اليه وانما سقط حقه عن بعضها بالمراحة وما اخذ
المولى من الرقبة فكان المجني عليه اولى به كما لو قتل العبد الجاني
فاخذ المولى ارثه وجه قول زفر ومحمد ان نصف القيمة الذي اخذ
المولى بدل عن النصف الذي اخذه ولي الجناية الاولى لان ذلك
النصف هو المستحق بسبب كان في يد الغاصب فلم يجز ان يسلم
لولي الجناية فيستحق بجناية واحدة للرقبة والبدل عنها
فصل قال ابو حنيفة وابو يوسف اذا وطى الرجل
امراة بشبهة فافضاها والبول لا يمسك فعليه الدية ولا
مهر لها وقال محمد لها المهر والدية وجه قولها ان الدية وجبت

بدل عن البضع والمهر في حكم العوض عن جزمه وضمان الكل والحجز اذا
تعلقا بسبب واحد دخل احدهما في الاخر كالب يستولد جارية
ابنه واما اذا لم يمسك البول فعليه ثلث الدية والمهر لان
ضمان الحر والديه اذا تعلقا بسبب واحد لم يدخل احدهما في الاخر
وجه قول محمد ان المهر يجب باستيفاء المنفعة والدية تحت الجناية
وهما امران مختلفان فلا يدخل احدهما على الاخر ولان المهر يجب
لبقا الجنائتين والدية تجب بالافضا وذلك يكون بمجاوزته الموضع
المعتاد فتعلق كل واحد منهما بسبب غير سبب الاخر وانما اوجبا
جميع الدية اذا لم تمسك البول لان منفعة العضو ذهبت
وفوات المنفعة كتلف العضو مثل ذهاب ضو العين فاما اذا
كان البول يمسك فلم يتلف منافع العضو وانما هي جراحة
جائفة فيجب فيها ثلث الدية واما اذا زني بامرأة مطاوعة فافضاها
فلا شيء عليه وكذلك اذا وطئ زوجته فافضاها لان الوطئ مادون
فيه في مسيلتنا من جهتها فلا يضمن ما يتولد منه من التلف
كالبكاره وكذلك لو وطئ زوجته فماتت فلا شيء عليه في قول ابي
حنيفة ومحمد لانه مادون في مسيلتنا من جهتها فلا يضمن ما
يتولد منه من التلف كالبكاره وكذلك لو وطئ زوجته فماتت
فلا شيء عليه في قول ابي حنيفة ومحمد لانه مادون له في الوطئ من
جهتها فلا يضمن ما يتولد منه وقال ابو يوسف ان ماتت من وطئه

فعلي عاقلته الدية وازافضاها والبول لا يمسك فالدية في ماله
واذا استمسك قتلت الدية في ماله وذلك لانه مادون في الوطئ
المعتاد والموت والافضا فلا يضمن الى الرجم كالقطع فاما حديث عبادة
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا بكرىا لبكر جلد مائة وتعريب عام
والثيب بالثيب جلد مائة والرجم فمعه الجلد تارة والرجم تارة لان
الثيب على ضربين ثيب محصن وثيب غير محصن فذكر حد الثيب في
الحالين خبر ذلك انه قال في قصة العسيف واعدنا انيس على
امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يذكر جلد لها والذي روي
عن علي رضي الله عنه انه قال جلد سراحة الهدانية ثم رجمها
وقال جلدتها بحكاب الله ورجمتها بسنة رسول الله فيجوز ان
يكون لم يثبت احصانها فلما جلدتها اقرت بالاحصان **فصل**
واما البكر فحد الجلد ولا يعرب على طريق الحد فان راي ذلك الامام
على طريق التعزير فعله وقال الشافعي يجمع بين التعريب والجلد
على طريق الحد لنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما
مايه جلدته وهذا بيان لجميع الحكم فلا يجوز الزيادة فيه الا بما يسهل
في النقل ولا التعريب حد بنفسه في قاطع الطريق فلا يضمن
الى الجلد على وجه الحد كالقطع فاما قوله صلى الله عليه وسلم
البكرىا لبكر جلد مائة وتعريب عام فمذا عندنا منسوخ بالاية
لانها نزلت بعد الا ترى ان حد الزنا كان في الاصل الاذي بالكلام قال

الظاهر ان هذا نقصا
من آخر كتاب الجنايات
من اول كتاب الحدود
فان ما بعد هذا من كتاب
الحدود

الله تعالى والذان يأتينا منها منكم فاذوها فان تابا ثم نسخ ذلك بالحبس
فقال تعالى واللائي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن
اربعة منكم فان شهدوا فامسكوهن في البيوت حتي يتوفاهن الموت
او يجعل الله لهن سبيلا ثم قال صلى الله عليه وسلم خذوا عني فقد جعل
الله لهن سبيلا ولم يقل خذوا عن القرآن فدل على ان هذا كان سابقا
للآية فنسخ بها والذي روي ان النبي صلى الله عليه وسلم جلد وغر
وان ابا بكر جلد وغرب وان عمر جلد وغرب فقد روي عن علي انه
قال كفي بالنفي نفسه وروي عن عمر انه نفي رجلا فلحق بالروم فقال
لا انفي بعدها احدا فدل على ان النفي كان على طريق التعزير اذ لو كان على
وجه الجلد لم تجز تركه لقوله تعالى ولا تأخذكم بهما رافة في دين الله ان كنتم
تؤمنون بالله واليوم الآخر وقد روي عن ابراهيم ان عليا وعبد الله
اختلفا في ام ولد يتوفى عنها سيدها او يعتقها ثم تزني فقال علي تجلد
مائة ولا تنفي وقال ابن مسعود تجلد مائة وتنفي فدل على ان الخلف في
النفي كان مشهورا بينهم **باب**

صفة المحسن قال الشيخ الاحسان عندنا على ضربين احسان
يعتبر به وجوب الرجم على الزاني واحسان يعتبر به المقذوف لوجوب
الحد على قاذفه فاما احسان القذف فنذكره في موضعه واما احسان
الرجم فهو عبارة عن سبع شرائط عند ابي حنيفة ومحمد وهي البلوغ
والعقل والاسلام والحرية والنكاح الصحيح والدخول على وجه

فوجب الغسل من غير الانزال وهما على صفة الاحسان وروي عن ابي يوسف
انه قال الاسلام ليس بشرط وهو قول الشافعي وروي عن ابي يوسف انه لا يعتبر
الدخول بها وهما على صفة الاحسان وقال ان المسلم اذا وطئ الكافرة صار لها
محسنا وروي عنه انه لو وطئ اذ حصل قبل الحرية ثم اعتقا صار المحسنين
بالوطئ المتقدم قال الشيخ وجلة هذا الاحسان يعتبر به عن الاسلام
قال الله تعالى فاذا احسن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على
المحسنات من العذاب يعني فعليهن ما على الحر اير فدل على ان الاحسان
اسم للاسلام والحرية ويعتبر به عن النكاح قال الله تعالى والمحسنا
من النساء يعني ذوات الارواح فاذا ثبت هذا قلنا يعتبر بالبلوغ
والعقل لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلث عن الصبي
حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق ولان الحد عقوبة والصبي
والمجنون لا يستحقان العقوبة واما الحرية فلما بينا ان الاحسان
اسم للحرية ولان الله تعالى قال في الاما فعليهن نصف ما على المحسنا
من العذاب فوجب عليهن عقوبة سبع والرجم لا يتبعه واما النكاح
فلما بينا ان الاحسان يعتبر به عن النكاح ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال البكر
بالبكر جلد مائة وتغريب عام والبكر عبارة عن لم يتزوج فدل على ان النكاح
من شرائط الاحكام وانما اعتبر بالدخول لقوله صلى الله عليه وسلم والشيء
بالثيب للحد والرجم والشيء عبارة عن الواطئ والموطوء وانما اعتبرنا الواطئ
الذي يوجب الاغتسال من غير انزال لان الواطئ الذي يصير به ثيبا هو الواطئ

في الفرج فاما الوطي في غير الفرج فلا يصير به ثيبا واما الاسلام فوجه
قول ابي حنيفة ومحمد قوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن
ولان الاسلام شرط في احصان القذف مع قلة شرايطه ولا يكون شرطا
في احصان الرجم مع كثرة شرايطه وهو ما يمكن اعتباره اولى ولا يلزم
على هذا العفة عن فعل الزنا انها شرط في احصان القذف وليست بشرط
في احصان الرجم لان ذلك لا يمكن اعتباره الا ترى انه يستحيل ان يشترط في الزاني
العفة عن فعل الزني ووجه قول ابي يوسف ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
رجم اليهودي وكان الرجم عقوبة والكافر ادخل في العقوبات من المسلم واما
الدخول وما على صفة الاحصان فلا زكل وطي لا يوجب الاحصان لاحد الواطين
لا يوجب للاخر كوطي المملوكين وعلى الرواية الاخرى ان كل وطي لا يوجب الاحصان
عنده وجوده لا يوجب محر الثاني كوطي المولي وجه قول ابي يوسف ان الحر المسلم
اذا وطي الامة او الكافرة وقد كملت شرايط الاحصان فيه فعقد الشرايط
في الموطوعة لا يمنع من وجوب الحد على الواطي فاما الرواية الاخرى فقال انه اذا
وطيها وبها كافران او مملوكان فقد تمت شرايط الاحصان الا الاسلام والحرية
فاذا وجد ذلك كملت الشرايط فلا معنى لاعتبار شرايط اخر قال فان ثبت
احصان الزاني باقراره او ببينة قامت عليه فهو سوا يرمم وذلك لان للقر
غير متهم على نفسه في اقراره والبينة غير متهمة عليه فاذا ثبت
الاحصان باحدهما اوجب الحد قال فان كانت البينة شهدت انه تزوج
امراة ودخل بها او جامعها او باضعها فهو محصن عند ابي حنيفة ويغني

هذا عن قوله وطئها في الفرج وقال محمد اذا قالوا ادخل بها فانه لا يكون
محصنا ولم يذكر قول ابي يوسف وهو مع ابي حنيفة اما اذا قالوا
جامعها فلا ان الجماع اسم للوطي في الفرج واذا قالوا باضعها فالمباضعة
مفاعلة من البضع وذلك لا يكون الا بالوطي في الفرج واما اذا قالوا
دخل بها فوجه قوله ان الدخول اذا اضيف الى النساء لم يفهم
منه الا الوطي وان كان مشترك في الاصل الا ترى ان الوطي مشترك
فاذا اضيف الى النساء زال الاشكال وقد قال الله تعالى فان لم
تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم والمراد بذلك الوطي في الفرج
وجه قول محمد ان الدخول قد يعتبر به عن الاجتماع ولهذا لو شهد
شهود الزني انه دخل بها لم يقبل لما فيه من الاحتمال وهذا ليس
بصحيح لانهم لو شهدوا انه جامعها او وطئها لم يقبل الا في الزني
حتى يقولوا جامعها في الفرج او وطئها في الفرج وذلك لا يعتبر في
الاحصان فدل على الفرق بينهما قال فان لم يشهد الشهود على الدخول
وكان له منها ولد فهي محصنة وهو بها محصن وكفي بالولد شاهدا
وذلك لانا حكمنا بثبوت نسب الولد منه وثبوت النسب اول على
الوطي من الشهادة فاذا ثبت الاحصان بالشهادة فثبوت النسب
اول **باب صفة الزنا** قال
ابو الحسن الزنا ان يطأ الرجل المرأة في الفرج وطيا مسعرا من نكاح
او ملك او شبهة من احدهما وحاورا بالختان الختان فان لم يكن على ذلك

في جميع ذلك فليس يزني وان كان الوطي محرما وليس بشي مما ذكرنا من هذه
الجملة خلاف من اصحابنا والدليل على ان الزني هو الوطي في الفرج ان ما عزا
لما اقرع عند النبي صلى الله عليه وسلم بالزني ثبتت فسرة حتى قال كالميل
في المحلاة والرشي في البير ولان الزني في اللغة ما خوذ من الزنا وهو الضيق
وذلك لا يوجد الا في الفرج وانما اعتبر مجاوزة الختان مجاوزة الختان
لان المخالطة لا تكون الا بذلك وما دون المخالطة ملازمة لا تتعلق بها
احكام الوطي من الغسل وفساد الحج وكفارة رمضان ولان ما يتعلق به الحد
يعتبر فيه اعلى النوع وهذا لا يوجد في الوطي اذ لم يتجاوز الختان الختان
وانما اعتبرنا قوتي الوطي عن العقد لان اسم الزنا ما خوذ من اللغة واهل
اللغة لا يسمون ما صدر عن عقد زني الا تري انهم كانوا يستحلون نكاح امرأة
الاب ولا يسمون ذلك زنا واما يعرفه عن الملك فلان الملك سبب الاباحة
والوطي اذا وجد مع سبب الاباحة فليس يزني فاما يعرفه عن الشبهة فلقوله
صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود بالشبهات والشبه على ضرب فالعقد
شبهة عند ابي حنيفة حلالا كان او حراما اتفق على تحريمه واختلف فيه
علم الوطي انه محرم او جهل وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد اذا تزوج نكاحا
مجمعا على تحريمه محرما كانت المرأة او غير محرم والواطي يعلم انها حرام فليس
ذلك بشبهة وعليه الحديث ذلك الوطي وان كان لا يعلم فلا حد عليه وهذا
كنكاح دوات المحارم والخامسة واخت المراقه وجه قوله ان هذا
الوطي لا يسمى زنا الا تري ان الجاهلية كانوا يستحلون نكاح الاختين

والخمسة وامرأة الاب ولا يسمون ذلك زني الا تري ان الجاهلية كانوا
يستحلون نكاح الاختين وامرأة الاب ولا يسمون ذلك زنا والا سبنا
لا تتغير بالحد شرع والحد ورد في الزني فلا يجوز ان يلحق به ما ليس من نوعه
كما لا يلحق بحد السرقة المختلس والمنتهب ولان هذه النكحة قد خلت في
شرايع من كان قبلنا ولم يحل الزنا في شريعة من الشرايع فدل انها
ليست بزني ولان المجوس يستحلون نكاح الامهات والبنات ولا تسميهم
العرب زناة ولا اولاد الزني وجه قولها ان وطي مجمع على تحريمه على التام
في غير ملك يتعلق به الحد كالزنا ولان الشبهة تعود الى الاشتباه وهذا
ما لا يشتبه واما اذا كان لا يعلم بالتحريم فلا حد عليه عند ما لان الشرائع
لا يثبت حكمها الا بالسمع فاذا لم يعلم بالتحريم لم يجب الحد وقد روي عن سعيد
ابن المسيب ان رجلا تضيف اهل بيت باليمن فاصبح يحدث انه زنا بربة
منزله فكتب فيه الي عمر فكتب فيه ان كان يعلم ان الله حرم الزنا فاجلدوه
وان كان لا يعلم فعلموه فان عاد فاجلدوه قال وان كان النكاح مما يختلف
فيه الحكم لعلم مثل النكاح بغير الولي وما اشبه ذلك فلا حد فيه وان
كان عنده انه محرم اذا كان بعض الفقهاء يخبر فهو شبهة ولا حد عليه
وهذا كالنكاح بغير شهود لان مذهب الشافعي من يسقط الحد فيكون شبهة
ولانه اجتمع الموجب والمسقط فالحكم للمسقط وذكر بعد هذا العقد
المتفق على تحريمه والخلاف فيه وقد بيناه قال وقال ابو حنيفة
يعززه الامام ولا يبلغ به اربعين سوطا وذلك لانه اني امرأ منكرا ليس

فيه حد فيجب فيه التعزير وقال في موضع اخر من الاصل اذا
تزوج امه علي حرة او تزوج مجوسية او تزوج خمسا في عقد
او تزوج امرأة بغير شهود او امة بغير اذن مولاه او دخل بها
او كان عبدا فتزوج امرأة بغير اذن مولاه فاقر عند الامام
بذلك انه فعله وانه يعلم انه حرام هل يحد قال ليس في
شي من هذا حد لان هذا نكاح والحد يلدأ بالشبهة وهو قول
ابي حنيفة قال ابو يوسف ومحمد يحد في ذات الرحم المحرم ويحد في
ذلك كله ولا يعذر في ذلك بالنكاح وهذا انما يعود الى دوات
المحارم والخامسة فاما اذا الامه علي الحرة فمختلف فيه وكذلك
نكاح العبد بغير اذن مولاه ونكاح الامة بغير اذن سيدها
ليس يحرم علي التأييد وهما يشترطان في وجوب الحد ان يكون الوطئ
محرم علي التأييد والوطئ بغير شهود مختلف في تحريمه فهذه الشبهة
اللاتي تعود الى العقد وقد يعود الشبه الى الملك مثل الجارية
المشتبقة وجارية الامين ^{جارية} المكاتب وتارة يكون الشبه بمعنى
يعود الى الاشتباه مثل من زنت اليه غير امراته وقد تكون الشبهة
في المال مثل الجارية الزوجة وجارية المولى اذا وطئها العبد والكلام
في هذا ياتي في موضعه قال وان كان الوطئ بسبب مختلف فيه اهل
العلم ولا يختلفون اذا كان ذلك وطئا لامراه صحيح نكاحها او كان
وطئا بملك يمين فانه لا حد عليه وذلك مثل ان يطأ امراته او جارية

وهي حايض او نفسا او صائمة في رمضان او محرمة بحجة الاسلام او
قد ظاهرها او آلا او تزوجت ولها زوج ففرق بينهما فاعتدت
او لم يفرق بينهما او وطئت بشبهة فوجب عليها العدة من ذلك
الوطئ فوطئها زوجها الاول وهو يعلم انها تحت زوج لو قد تزوجت
وهي في عدة من غيره او يطأ امته وهي اخته من الرضاة او امة
او غير ذلك مما تحرمه الرضاة او تكون امة قد وطئها ابو او ابنه
بملك يمين او يكون عنده امة قد وطئ اختها والاخت في ملكه يحد
وطئها له او ذات رحم محرم يعطاها وهو يعلم ان وطئها عليه حرام
انه لا حد عليه في جميع ذلك وكذلك ان وطئ امته وهي مجوسية
او مرتدة او كان قد كانتا فلا حد عليه في تلك وان علم بتحريم الوطئ
وذلك لان هذا وطئ في ملك فتحريمه لا يوجب الحد كمن وطئ امته
مريضة او صغيرة لا توطأ لان النبي صلى الله عليه وسلم اوجب في
في حال الحيض الصدقة ولم يوجب الحد والمعني فيه انه تحريم عارض
في الملك وهذا موجود في هذه المسائل قال وكذلك ان وطئ جارية
بملك بعضها كانتا ما كان البعض وذلك لانه وطئ في الملك فليس
وجوب الحد لنصيب الشريك اولى من اسقاطه لاجل نصيبه
ولانه اجتمع في الوطئ المعني الموجب للحد والمسقط فكان الحكم للمسقط
ولان الوطئ لا يتبع بعض فاذا حصل بعضه في الملك فكان جميعه في الملك
وصار كالخطي والعامة لما كان خروج الروح لا يتبع بعض صار كان جميعها

حرج على وجه الخطا قال ولذلك اذا وطئ جارية ابنه وهو يعلم ان
الوطئ الحرام وذلك لان مال الابن مضاف بملك الاب بانه ملكه قال
النبى صلى الله عليه وسلم انت ومالك لا بيك واقل هذه الاضافة
ان بعد الشبهة وقال ابن ابيب ما اكل الرجل من كسبه فكلوا
من كسب اولادكم وكسب الانسان لا يجب فيه حد قال وكذلك
جارية مكاتبه لان مال المكاتب موقوف عليه وعلى مولاه وما وقف
على ملك الانسان فلا حد عليه وكذلك جارية عبده الماذون له في
التجارة وعليه دين يستغرق رقبته وما في دينه اذ ليس عليه دين ولا
ذلك وذلك لان من اصل ابي يوسف ومحمد ان المولى مال له ما في يده من
الدين فلا يجب الحد وماله ما على قول ابي حنيفة وان كان لا يملك الا انه
مختلف في ملكه وما اختلف في الملك فيه لم يحكم به حد كالنكاح المختلف
فيه قال وكذلك ان وطئ الجدة من قبل الاب وان علا كان بينه وبين المالك
اب اقرب منه او لم يكن فانه لا حد عليه وذلك لان الجد له ولا فحل محل الاب
قال لانه اذا ادعى نسب الولد لم يثبت منه نسب ولم يجعله لان ثبوت النسب
انما يكون للولاية الثانية حال الصغر في نقل الجارية اليه فاذا بلغ لم يفسخ
حكم تلك الولاية في باب الاستيلاء والحد لا ولاية له مع الاب فلم يثبت
بسبب الولد منه فان لم يكن اب اقرب منه ثبت نسب ولده وذلك
لان الولاية ثابتة له في هذه الحالة كثبوتها بالاب قال وكذلك الرجل
من الغائبين يطأ جارية من المغنم قبل القسمة بعد ان خرجت الغنائم

الى دار الاسلام فلا حد عليه وان علم انها حرام وكذلك ان كان في دار
الحرب وذلك لان الغنيمة مشتركة بين الغائبين لان الحق يثبت فيها
بالاخذ لكل واحد منهم ويستقر بالحياره وبملك بالقسمة ولكل واحد
منهم حكم الملك فلا يجب عليه الحد قال ولا يثبت نسب الولد لانه
لا يملك الغنيمة الا بالقسمة وانما ثبت له فيها حق ان يملك وهذا
المعنى لا يوجب ثبوت النسب قال والوطئ في الدبر ليس بزنى
عند ابي حنيفة في انثى كان او في ذكر ولا يوجب حدا ويوجب
التعزير وهو عند ابي يوسف ومحمد بمنزلة الوطئ في الفرج يوجب
من الحد ما يوجب الزنا وجه قوله ان هذا الوطئ لا يسمى في اللغة زنا
الا ترى انهم خصوه باسم وهذا التخصيص يعلم به نفي الاشتراك الا ترى
انهم سمو اشخاصا حراما واشخاصا فرسا فعلم بذلك ان كل واحد منهم لا يسمى
باسم الاخر وان لم ينص العرب على ذلك واذ لم يكن زنا لم يلحق بحد الزنا كما لا
يلحق به الوطئ بالشبهة ولان هذا الوطئ لا يوجب المال حال ولا يتعلق به
الحد كالوطئ فيما دون الفرج وجه قوله ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال اقتلوا الفاعل والمفعول به وقدر روي رجلا وجد باليمن ينكح كما
ينكح المرأة فكتب فيه الى ابي بكر الصديق فاستشار فيه الصحابة فمنهم
من قال يقتل ومنهم من قال يرمي به من شاهق جبل ومنهم من قال يرمي
عليه حايط والجواب ان هذا محمول على من فعل ذلك على وجه الاستحلال
بدلالة ايجاب القتل من غير فصل بين محسن وغيره وهذا لا يكون الامع الاستحلال

وقد قال اصحابنا في ان القتل بكل حال على احد القولين وهذا قول خالف اجماع من تقدمه فلا يعتد به قال وعليه التعزير لان القاتل احد قاتلين اما من اوجب الحد او من اسقطه واوجب التعزير فاذا دللنا على سقوط الحد ثبت التعزير بالاجماع

باب الرجل يطأ امرأة لا تخل له فيقول ظننت انها تخلي او يقول ظننتها امراتي او امتي يصدق فيه وما لا يصدق قال الشيخ جملة هذا الباب ان الشبهة اذا كانت في الموطوع اسقط الحد سواء قال ظننت انها تخلي او قال علمت انها علي حرام وان كانت الشبهة في الفعل بان قال علمت انها حرام حد وان قال ظننت انها حلال لم يحد وذلك لان الشبهة في الموطوع موجودة سواء علم بالتحريم او لم يعلم والشبهة في الفعل غير موجودة اذا علم بالتحريم واذا قال ظننت انها حلال فقد حصلت الشبهة سمعت الحد وجملة هذا ان الشبهة في الفعل في سبع مواضع جاربه للاب وجاربه للام وجاربه الزوجة والمطلقة ثلاثا مادامت في العدة وام الولد مادامت تعتد منه والعبد اذا وطئ جارية مولاه والجارية المرهونة وانه في كتاب الرهن وخمس مواضع لا حد وان قال علمت بالتحريم جاربه للام والجارية المبيعة اذا وطئها البايع قبل القبض والجارية المزوج عليها اذا كانت في يد الزوج فوطئها والمطلقة طلاقا بينا والجارية بين شركين قال ابو الحسن

قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد اذا وطئ الرجل جارية ابنه او زوجه فعله الحد فان قال ظننت انها تخلي فلا حد عليه وان قال علمت انها حرام حد اما ادعى الشبهة فلان الابن ينسب في مال ابيه ويأكل من طعامه فجوز ان يشتبه عليه الوطي وكذلك الزوج ينسب في مال زوجته ويستخدم امته ويتنفع بمتاها فجوز ان يشتبه عليه الوطي ومن ادعى شبهة واستندت دعواه الى ظاهر قيلت دعواه وكما اذا قال علمت انها حرام فقد زال الاشتباه ولا شبهة له في الموطوع ولا في الفعل فحدما قال ولا يثبت نسب الولد في الوجهين جميعا لانه لا شبهة له في الامة وانما شبهته في الفعل والشبهة في الفعل تسقط الحد ولا تثبت النسب لان النسب لا يتعلق بالفعل وانما يتعلق بالمفعول فيه قال فان حضرا جميعا فقال احدهما ايها كان ظننت ان ذلك لي حلال ري عنهما جميعا حتى يقر جميعا انهما قد علمنا ان ذلك حرام وذلك لان احدهما اذا ادعى شبهة خرج فعله من ان يكون زنا للشبهة فخرج فعل الاخر ان يكون زني وسقط الحد عنهما قال وان وطئ جارية اخيه او اخته او ذي رحم محرم منه غير الولد والوالد والوالدة وولد الولد حد وان قال ظننت انها تخلي ولم يد راعنه الحد وكذلك ان وطئ جارية ذات محرم من امراته وذلك لانه لا ينسب له في مال هو ولا شبهة في الموطوع والشبهة اذا لم توجد في الفعل ولا في المفعول وجب الحد قال واذا اطلق الرجل كبريته لثلاثم وطئها وقال ظننت ان وطئها

تحل لي لم تحدد وان قال علمت انها علي حرام حد وذلك لان العدة من
 احكام الملك فيجوز ان يشتبه عليه ان حكم الملك في اسقاط الحد
 ومن ادعى شبهة استندت الي ظاهر قبلت دعواه فاما اذا قال
 علمت انها حرام فلا ملك له فيها ولا شبهة في الفعل فوجب عليه
 الحد ولا يجوز ان يعطل سقوط الحد باختلاف الناس في وقوع الطلاق
 الثلاث لان هذه المسئلة لا يسوغ الاجتهاد فيها عندنا فلا يتعلق
 بالاختلاف فيها حكم ولهذا قالوا انه لو وطئها بعد انقضاء العدة فان
 قال ظننت انها حلال ولو كان الحكم يتعلق بالاختلاف لم يجب الحد
 قال وان كان انما طلقها واحدة باينة لم يجب عليه الحد وان قال
 علمت انها علي حرام لان السلف اختلفوا في الواحدة الثانية هل
 تنزل الملك ام لا تنزل والاختلاف في ذلك يوجب اختلاف في الفعل هل
 هو زني او ليس بزني فيمنع ذلك من وجوب الحد فان طلقها بعوض
 فينبغي ان يكون كالطلقة ثلاثا لانه لا خلاف في وقوع التخييم
 فلم بقول الا الشبهة التي تعود الي الفعل وقال ابن رستم عن محمد
 يدر الحد عن هؤلاء الاربعة من وطئ جارية امة او ابتداء زوجته
 او كانت رهنا عنده اذا وطئ واحد منهم وقال ظننت انها تحل لي
 فان كان عالما ضرب الحد ولم يقتد في قوله ظننتها تحل لي وقد
 بينا حكم جارية الاب والام والزوجة فاما المراهونة فذكر في كتاب
 الرهن انه لا حد عليه اذا قال ظننت انها تحل وذلك لانها محبوسة

للاستعانة كالبيعة وذكر في كتاب الحدود انه محدد وان قال ظننت
 انها حلال لانه لا ملك له فيها ولا حكم ملك وانما يثبت له حق الاستعانة
 فصار كالغريم اذا وطئ جارية الميت قال محمدان وطئ جارية ابن ابنه
 وابن حري قال لا حد ولا يثبت النسب وذلك لان بينهما ولا فصارت كجارية
 الابن ولانه لا يقتض منه بعلها فجارية الابن فاما النسب فقد قدمناه قال
 وان وطئ جارية ابنه وقال قد علمت انها علي حرام لم تحدد وان ادعى الولد
 نسبه منها وكانت الجارية ام ولد له غزم قيمتها لابنه صدقة الابن اولد به
 وذلك لانها علي حكم ملكه فصارت كجاريته فلا يجب عليه الحد وان علم
 تخبرها فاما ثبوت النسب فالاصل فيه ان الشبهة في الموطوعة تسقط الحد
 وثبت النسب وقد ثبت ثبوت النسب واحكام الضمان فيما مضى من
 كتاب العتاق قال وكذلك الحد اذا كان لاب ميتا لا تحدد وان قال علمت انها
 علي حرام لما بينا قال واذا وطئ الرجل المرأة الاجنبية وقال ظننتها امراتي
 او شبهتها بامراتي او بجاريته حد وذلك لانه لا يجوز ان يطأ بالظن ولا
 بالاشتباه حتي يعروها بكلامها او يخبر بخبرها امراته فاذا وطئ غير
 ذلك لم يكن معذورا فحد وذكر عن ابراهيم قال لو قتل هذا ما اقيم الحد علي
 فاجر وقال ابو حنيفة لو ان رجلا وجد في بيته امرأة فقال ظننتها
 امراتي فوقع عليها فان عليه الحد وان كان اعني ليس يدر الحد بهذا ولذلك
 قال ابو يوسف وذلك لان وجود المرأة في بيته وعلى فراشه ليس بشبهة
 ولانه قد يكون في بيته امة واحدة والاجنبية والشبهة اذا لم يستند

الي سبب ظاهر لم يعتد بها قال ابن رستم عن محمد بن اعني دعي امراته فقال
يا فلانة فاجابته غيرها فوق عليها قال تحد ولو اجابته فقالت انا
فلانة فوق عليها فاذا غمز فلانة يعني غير امراته فانه لا تحد ويثبت
نسب ولده وهي كالمرأة المزفوفة الي غير زوجها وذلك لانها اذا اجابته
ولم تغزل انا فلانة لم تحل له وطبها فلم يكن ذلك شبهة واذا قالت انا فلانة
ولا يتوصل الا على معرفة امراته الا بذلك فكان ذلك شبهة قال
ولود عارجل جارية له فاجابته امرأة حرة وهو لا يراها فقال ظننتها
امتي قال تحد ايضا ولا يصدق وذلك لان هذا يتوصل الي معرفتها
بالمشاهدة فلم يكن مغرورا في وطبها بالجواب وقال الحسن بن زياد
عن زكري بن رجل اعني دخل بيته فاذا في فراشه او محله امرأة فوق
عليها ثم قال ظننت انها امراتي فانه يد راعنه الحد وعليه عتد
مثلها مما استحل من فرجها وقال ابو يوسف لا يعذر بذلك وعليه
الحد وقال ابن سمامه واخبرني بن ابي مالك عن ابي يوسف انه قال
القياس ان يد راعنه الحد ولكن اربع في ذلك ما روي عن عمر بن رجل
اعني كان يواعد جارية له فوق عليها وروي ذلك عن ابي حنيفة
والوجه فيه ما بينا ان وجودها على فراشه ليس بشبهة بخلاف
ان ينام على فراشه غيرها فلم يعذر فيه وجه قول زكري بن رجل
اعني فراشه ظاهر فصار كمن زفط عليه غير امراته فاما المبيعة اذا
وطبها البايع والمتزوج عليها اذا وطبها الزوج فلانها على حكم ملكه بدلالة

انها لو هلكا هلكا على ملكه فالان ملك المشتري لم يتم فلها وحكم الملك
ينفي الحد واما الجارية المشتركة فقد قدمنا ها واما الجارية المستأجرة
والعارية والوديعة فانه تحد وان قال ظننت انها تحل لي لانه كشبهة
له في الموطوعة ولا في الفعل فلم يسقط الحد اذا لم تستند بشبهته الي
ظاهر **باب الاقرار بالزنا**
قال ابو الحسن اذا جالس الرجل في الامام فاقرب بالزني بامرأة بعينها او بغير
عينها لم يحكم الامام حتى يقر اربع مرات في اربع مواطن قال الشيخ
وجله هذا ان الاقرار بالزنا لا يتعلق به الحد حتى اربع مرات في اربع
مجالس مختلفة من مجالس المقر وقال ابن ابي ليلى يعتبر اربع مرات
في مجلس واحد وقال الشافعي يقيم الحد باقراره مرة واحدة لئلا
روي ان ما عزا اقر عند النبي صلى الله عليه وسلم بالزنا فاعرض عنه
فعاد فاقربا فاعرض عنه فعاد الثالثة فاقربا فاعرض عنه فعاد
فاقر اربعا فقال صلى الله عليه وسلم الان اقررت اربعا فممن ولو
كان الحد يجب باقراره لم يوحى الي الرابعة الا ترى انه صلى الله
عليه وسلم قال لا ينبغي لو اتي في حد من حدود الله بطلاق اقامة
ولو وجب الحد بالاقرار الاول لم يوحى ولا يجوز ان يعاد انه
ظنه تخوننا لانه كان ما راسه لانه لو كان كذلك لم يتعلق الحكم بالرابعة
وتعلقه بظهور حاله وقد روي ابا بكر قال لما عزي في الثالثة انك ان
اقررت الرابعة رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا لا يعلم

الا بالتوقيف وروي عن ابن بريد انه قال كما نحدث من يدي اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ما عزا لوقد في بيته بعد المرق
الثالثة ولم يعلم يرجعه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا
بدل على انهم عرفوا ذلك من شريعته لانه سبب لثبوت
حد الزني فاعتبر فيه العدد كما لشهادة ولا نحد الزنا قد اعتبر
فيه من التاكيد ما لم يعتبر في غيره من الحدود ولهذا يعتبر
شهادة اربعة ولا يعتبر ذلك في شيء من الحقوق فجاز ان يتأكد
الاقرار فيه بالعدد على الاقرار بسائر الحقوق فارسل اذ المر
يثبت الحد باقرار مرة وقد اعترف بالوطي على وجه لم يوجب
الحد وجب المهر والوطي الموجب للمهر لا يوجب الحد وهذا كما قلتم
انا لو لم تثبت السرقة باقرار مرة لا وجبنا الضمان بها وايجاب
الضمان بنا في القطع ولم يكن اجابه بالقطع لاقرار الثاني قتل
لهما اقربا لثنا فحكم الاقرار مراعاة لان الزنا لا يوجب المهر فلم
حكم بوجوب المهر مادامت المراعاة في الاقرار بالزنا فيه فكذلك
اوجبناه بالتكرار فاما السرقة فان الاقرار بها يوجب الضمان
وانما يسقط بالقطع فلم يكن في اقراره بالسرقة مع المراعاة ما يمنع
من الحكم بالضمان وانما اعتبر اصحابنا اربع مرات في اربع مجالس
خلاف ما قال ابن ابي ليلى لان ما عزا لما اقر عند النبي صلى الله عليه وسلم
اعرض عنه فخرج من المسجد ثم عاد فاقرح حتى علم اقراره اربع مرات

مخرج في كل مرة وقد روي انه اقر خمس مرات ولا وجه يجعل عليه ذلك
الا انه اقر مرتين في مجلس فجلامة واحدة ولان الاقرار اذا تكرر
في مجلس واحد فهو كقرار واحد الدليل عليه من اقردين ثم بددين
في مجلس لم يجعل كل واحد من الدينين عين الاخر قال وينبغي للامام
ان يرجع عن الاقرار ويظهر له كراهية ذلك منه وبما سحبه
عنه فان عاد ثانية فعليه بمثل ذلك فان عاد ثالثة فعدته
مثل ذلك وذلك لما روي عن عمر انه قال اطردوا المعترفين يعني
في الزنا وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم طرد ما عزين مالك ولان النبي
صلى الله عليه وسلم لقن المقر بالسرق الرجوع فقال ما اخاله سرق
فانا كان ما مورا بتلقينه الرجوع زجره واظهر له كراهية الاقرار
لرجع قال فاذا اقر الرابعة وقد فعل الامام ما وصفت لك نظري في
حاله هل هو صحيح العقل ممن يجوز اقراره على نفسه وذلك لان النبي
صلى الله عليه وسلم قال لما عزا بك خبل وبعث الي قوله فسا لهم
عنه وهذا يدل على ان الاقرار بالزنا يتأكد على الاقرار بغيره باختیار
حال المقر في الباطن قال فاذا عرف صحة عقله ساله عن الزني ما هو
وكيف زني وقد قالوا اصحابنا انه يساله عن الزنا فنقول ما الزني
وكيف زنت ومن زنت وابن زنت اما المسالة عن الزنا فلا ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال لما عزا لعلك لمست لعلك قبلت لعلك
باشرت فلما ذكر له ما عزا النور والكاف قبل اقراره ولان الانسان

قد يظن ان الفعل المحرم زني وقد قال عليه السلام العيان تزنيان
والبدان تزنيان والرجلان تزنيان ثم تحقق ذلك الفرج فدل علي
ان الزني قد يعبر به عن الفعل المخصوص فهذا يسأل المقر عنه
احتياطاً واما قوله كيف زنت فلانه يجوز ان يكون وطئ فيما دون
الفرج او في موضع غير الفرج فوجب ان يستفسر عن ذلك واما
سواله عن المزني لها فلان النبي صلى الله عليه وسلم قال لما عز الان
اقررت اربعاً فمن ولانه يجوز ان يكون وطئ من لا يجذبها بوطئها
كجارية الابن والجارية المشتركة فوجب ان يسأله القاضي ليعلم
ان المزني لها ممن يتعلق بوطئها حد واما قوله اين زنت فلانه
يجوز ان يكون زني في دار الحرب فلا يقيم الامام عليه الحد وقد قالوا
انه لا يسأله في الاقرار متى زنت واما يسأل الشهود عن ذلك
لان بقادم الزنا يمنع من قبول الشهادة ولا يمنع من قبول الاقرار
ويجوز ان يقال انه يسأله متى زنت لجواز ان يكون زني في حال
الصغر قال فاذا بين ذلك سأل المحصن هو ام غير محصن فان
قال انه محصن سأل عن الاحصان ما هو فان وصف الاحصان
على شرائطه حكم بانه محصن وامر برجمه وذلك لان حدا الزني يختلف
بالمحصن وغير المحصن فوجب ان يسأله عن ذلك حتى يعلم الواجب عليه
ما هو فاذا اقربا لاحصان استفسره لاشرايط الاحصان
مختلف فيها فيجوز ان يعتقد المقر ما لا يعتقده الحاكم فكذلك

يسأل عنه فاذا بينه قبل اقراره لانه يجوز اقراره بالزني فكذلك يجوز
اقراره بالاحصان الذي هو من شرائط الرجم وقد قال محمد في الاصل
ان المقر اذا قال لست بمحصن فشهد عليه الشهود بالاحصان
رجه الامام ولا يكون هذا كارجوع لانه مقيم على اقراره بالزنا
وقد ثبت احصانه بالبينة بقوله لست بمحصن ليس برجوع
عن الاقرار وانما هو اخبار عن سقوط الرجم عنه فصار كالمقر
بالزنا اذا قال لا حد علي لم يكن ذلك رجوعاً وقد قالوا انه اذا اقر
اربعة مرات في مجلس واحد للقاضي رجه وذلك لان ما عز ان ترد
الى النبي صلى الله عليه وسلم في الاقرار والنبي صلى الله عليه وسلم
جالس في مكانه فدل على ان المعتبر بمجلس لا بمجلس الحاكم وقد
قال الحسن في روايته اذا اقرانه زنا بامرأة غائبة اقام عليه
الحد وهذا استحسان والقياس الا يقام عليه الحد حتى تحضر
لانه يجوز ان تحضر فتدعي شبهة تسقط الحد عنه فلم يجز اقامة
الحد عليه مع الشبهة وجه الاستحسان ان ما عز لما اقربا الزنا
بأمة لال فلان رجه رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل احضارها وقا
في قصة العسيف واعدنا انيس علي امرأة هذا فان اعترفت
فارجمها وهذا بعد قوله اما علي انك فجلد مائة فدل على ان
حد المقر لا يقف على اعتراف المرأة ولان الحد قد وجب باقراره
وجواز ان تحضر فيدعي الشبهة كجواز ان يرجع المقر ويدعي

شبهة في الثاني وجواز ذلك لا يمنع من اقامة الحد قال الحسن ويقم عليه
الحد اذا اقر في مجلس القاضي قبل ان يقوم او في مجلس او كل يوم او كل شهر
مرة وصح ذلك عند القاضي وقد تقدم الزنا الذي اقر به او لم يتقدم
فهو سواء كان اتي عليه منذ زنا الى ان اقر شهرا او ايام اقام عليه الحد وذلك
لان المعتبر باختلاف مجالس المقررون الحاكم فالأقرب في مجلس واحد الحاكم
او مجالس مختلفة فهو سواء ولا فرق بين التقدم في الاقرار وغير التقدم وذلك
لان التقدم انما يؤثر في الشهادة للثمة الاتري ان الظاهر من الشهود انهم
اختاروا الستر فلما شهدوا بعد حين فقد هجمهم امر اوجب ثمة في
شهادتهم وهذا لا يوجد في المقر لا نه لا يتم علي نفسه فذلك قبل
اقراره وان تقدم وقد قال زفران الاقرار بالزنا لا يقبل بعد حين لانه احد
سببي الحد كالشهادة وقال محمد في الاملاية رواية الكيساني قال ابو حنيفة
اذا اقر الرجل بالزنا رابع مرات في مجالس متفرقة والمجالس المتفرقة عند
ان يذهب المقر حتى لا يراه ولا يكون معه في المجلس ثم يجي فيقر اقرارا مستقبلا
فهذا اذا اقر هكذا اربع مرات اقام عليه الحد ما لم يرجع وان اقر اربع مرات
في مجلس واحد فاما هذه مرة واحدة ولا خلاف بين اصحابنا في هذه الجملة
وهذا علي ما بينا فاما الاقرار بغير الزنا فعند ابي حنيفة ومحمد يعتبر
فيه مرة واحدة وقال ابو يوسف فلما يسقط بالرجوع تعدد الاقرار
فيه كعدد الشهود وجه قول ابي حنيفة ومحمد انه حق يثبت بشهادة
شاهدين فيثبته باقراره مرة كالديون وجه قول ابي يوسف انه حد

فاعتبر عدد الاقرار فيه تعدد الشهود كحد الزنا قال واذا كان اقرار الزاني
عند غير الامام او عند من لم يجعل اليه اقامة الحد لم يجد بذلك الاقرار وان شهد
عليه الشهود به انه اقر بذلك في اربع مواطن متفرقة ولا يجد الا باقراره عند
من يقيم الحد وهو قولهم جميعا وذلك لان الشهود اذا شهدوا عليه لم يحل ان
يكون مقيما او جاحدا فان كان مقرا فلا معنى للشهادة مع الاقرار وان كان
جاحدا فمخوده رجوع عن الاقرار فلا معنى للحكم به قال فان رجع المقر عن
الاقرار بعد الحكم او قبله او رجع بعد الرجم اذا كان محصنا او جلد بعض
الجلد اذا كان بكرا فان الحد يدرا عنه وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم
لقن المقر الرجوع فقال لما عز لعنك لمست لعنك قبلت وقال للسارق
ما اخاله سرق فلوم يقبل رجوعهم لم يكن لتلقينهم الرجوع معني وروي
ان ما عز المامسة حرا الحاقة هرب فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم
فقال هلاخيتم سبيله فجعل الهرب الدال علي الرجوع مسقطا للحد فلان
يسقط بصرح الرجوع اولي ومما يلحق بهذا الباب ما ذكره محمد في الاصل
ان الذي اذا اقر بالزنا حد وقال مالك لا تجد لنا قوله تعالى الزاني والزانية
فاجلدوا كل واحد منهما وهو عام ولان النبي صلى الله عليه وسلم زجر اليهوديين
ولانه غير مقر علي سببه كالمسلم وليس كذلك حد الشرب لانا اقررناهم
علي حسب عقد الامان **فصل** وقال في العبد يقتربا لزنا
اربع مرات حد وقال زفر لا تجد اذا اكذب الموي وقال الطحاوي لم
يوافق زفر علي هذا القول الا عمرو بن دينار لنا ان كل ما لا يملك الموي

عبد وهو ما يملك فان العبد يملكه من نفسه كالطلاق وعكسه
الاقرار بالدين ولان العبد لا يتم على نفسه في الحد لما في ذلك من
اجاب الضرر فاذا المريم تغدا قرآنه كالحرجه قول زقران اقرار العبد
يتعلق به اتلاف رقبته وهو حق للمولى واقراره في حق المولى لا يقبل
كما لا يقبل اقراره بالدين وقد قالوا في الاخرس اذا اقربا الزنا اربع مرات
في كتاب كتبه او اشارة اشار بها فانه لا تحد لان الاشارة قائمة
مقام الكلام كالكتابة التي تقوم مقام الصريح وكالشهادة على
الشهادة ولان الاخرس كثر احواله ان يشير الى وطى محرم فصار
كالصحيح اذا قال وطيت وطيا حراما وقد قالوا في الشهود
اذا شهدوا على الاخرس بالزنى لم يقبل شهادتهم لانهم لا يسمع ما
يشهدون به عليه فصار كالغائب ولانه يجوز ان يكون لو
قدر على الكلام لادعي شبهة وعجن عن الكلام يمنع من ذلك
فلم يجز اقامة الحد عليه مع الشبهة وقالوا في الاعمي اذا اقر
بالزنا اربع مرات حدا لانه لا شبهة في اقراره فصار كالصحيح
والذي يجن ويفيق اذا اقربا الزنا في حال افاقته مثل الصحيح
وكذلك اذا شهد عليه لانه مكلف في حال افاقته لا شبهة فيه في
اقراره والمجنون اذا اقربا الزنا او شهد عليه به لم يحد لان المجنون
لا يكون منه الزنا فكانه اقربا لمباشرة واما الخفي اذا اقربا الزنا او شهد
عليه حدا لان الخفي بجامع كما يجمع غيره وانما لا ينزل فصار كغير الخفي

اذا قال وطيت ولم انزل والعنيز اذا اقربا الزنا حد لان الله باقية
فيحوز ان يكون وطى **باب** **كيف يقام الحد قال** ابو حنيفة ومحمد وزفر اذا شهد
الشهود على الرجل بالزنا وهو محصن فان الامام يامر الشهود
ان يرجموا اولافاذا رجما رجما الامام بعدهم ثم الناس وقال
الشافعي بداهة الشهود بالرجم ليس بشرط لنا ما روي ان شراحة
الهدانية لما اقرت عند علي بالزنا خطب فقال للرجم رجما ان
رجم سرور رجم علانية فرجم العلانية ان يشهد على المرأة ما في
بطنها ورجم السر ان يشهد الشهود عليها فرجمها الشهود ثم
الامام ثم الناس ولان بداية الشهود فيها ضرب من الاحتياط
الاتري انهم ان كانوا كذبوا جاز ان يستعظموا حرمة النفس
فرجعوا عن الشهادة والرجم قد اعتبر فيه الاحتياط فالك
ولا ينبغي ان يربط المرحم ولا يمسك ولا يحفر له اذا كان رجلا
ولكنه يقام قايما فينصب للناس ثم يرجم وان كانت امرأة
فان شا حفروا من شام يحفر كل ذلك حسن هكذا قال في الاصل
وذلك لان الربط والامساك زيادة ألم لا يحتاج اليه في اقامة
الحد فصار كالضرب والعقيد قايما الحفر فقد امر رسول الله صلى
الله عليه وسلم بجرم ما عز ولم يحفر له الاتري انه هرب ولو كان حفله
لم يستطيع ان يهرب واما المرأة فجوز ان يحفر لها لان النبي صلى الله

عليه وسلم حفر لليهود بن وروني حفر للغامدية جفرة الى بندونها
واخذ حصاة مثل الحمصة فرماها بها وقال ارحموا واتقوا الوجه
فلما طغت اخرجها وصلى عليها وقال لقد تابت توبة لو قسمت علي
اهل الحجاز لو سعتهم ولا تهاستر لها وان ترك الحفر جاز لا نها مستورة
في ثيابها قال فان امتنع المشهود او بعضهم او كانوا غيبا او ماتوا او ما
بعضهم او غمي او خرس او جن او غاب او ارتد او قذف فضرب الجلد بـ رجم
المشهود عليه في قول ابي حنيفة وهي رواية محمد عن ابي يوسف وروي
ابن سماعة ومحمد بن سنجاع عن الحسن عن ابي يوسف في الشهود اذا
امتنعوا او امتنع بعضهم او غابوا رجم الامام ثم الناس وجه قول
ابي حنيفة ومحمد ان بداية الشهود شرط فاذا امتنعوا من غير
عذر صار ذلك شبهة لجواز ان يكونوا عرفوا ان الحد ليس مستحق
فلم يجوز اقامة الحد مع الشبهة واما اذا ماتوا فجوز ان يكون
لو كانوا احيا لا تمتنعوا من الرجم فيسقط الحد فلم يجوز استيفاءه
مع التجوز وجه قول ابي يوسف انه حد فلا يشترط فيه مباشرة
الشهود للاستيفاء كالجلد والجواب ان الجلد لا يحسنه كل الناس
فلما وقعناه على فعل الشهود لسقط الرجم يحسنه كل احد فلم يكن
لي تعليقه بالشهود ابطاله واما اذا عموا وخرسوا وجنوا
او ارتدوا او ضربوا احد القذف سقطت شهادتهم لان الطاري على
الحدود قبل الاستيفاء منزلة الموجود في الابتداء بدلالة رجوع

٢٢٢
المقرضار كانهم شهدوا على هذه الصفة فلم يثبت الحد لها دهم ولا في
الحدود وتوثق فيها الشبهة فلو اعتبرنا فيها حال الشهادة ولو يوفى فيها
على الاستيفاء لسوينا بين الحدود والاموال وهذا لا يصح وقال
عمر وعنه محمد في اربعة شهدوا على رجل بالزنا وهم مقطعي الايدي او مري
لا يستطيعون ان يرموا فان الامام يرى ويامر الناس ان يرموا وقال
ابن سماعة عن ابي يوسف اذا اصاب الشهود مرض لم يقدر وامعه
على الرجم من اجل ذلك فانه يرمي في قوله وقول ابي حنيفة وذلك
لان الامتناع اذا كان لعذر ظاهر زالت التهمة فلم يجوز ان يشترط
فعلهم مع التعذر وليس كذلك الموت لانه يجوز ان يكون لو عرض عليهم
المري لا تمتنعوا منه فكذلك يكون كل شبهة قال ولا بأس بكل من
رمي من الناس ان يتعمد بقتله الا ان يكون في القوم د ورجم محرم
من المرجوم فانه لا يستحب له ان يتعمد مقتلا ويولي ذلك غيره
لما روي ان حنظلة بن ابي عامر استاذ نرسول الله صلى الله عليه وسلم
في قتل ابية وكان كافرا فمتعه من ذلك وقال دعه يكفيك غيرك
ولانه ما مور بصلة رجه فلم يجوز ان يتعمد قتله لما في ذلك من
قطع الرحم من غير حاجة قال واذا كان المشهود عليه غير محصن
فان بشرا قال عن ابي يوسف حدثنا ابو حنيفة عن حماد عن
ابراهيم قال يضرب الزاني والشارب في ازار والقاذف وعليه
ثيابه الا ان يكون عليه فروا وحشو وقال ابو حنيفة ويضرب

عن يطرف
التعزير بازار وروي ابو يوسف عن الشعبي قال يضرب القاذف في
ثيابه الا ان يكون عليه فرو او حشو فينزع والا صلب في هذا ان
التعزير عندنا اشد لضرب ثم الحدي في الزنا ثم في الشرب ثم في
القذف اما التعزير فالمقصود به الزجر ولا يكون الزيادة في
عدده فلا بد من الزيادة في صفته واما الزنا فليقلوه تعالى
ولا تاخذكم به رافة في دين الله واما الشرب فلانه يتعلق
بسبب متيقن والقذف يتعلق بسبب غير متيقن فكان
اخف منه واذا ثبت هذا قالوا بجرد في التعزير وحد الزنا
لا ذلك لابلغ في وصول الالم اليه والمعتبر فيه وصول الالم
فاما حد الشرب فجرد في الرواية المشهورة وروي ابن رستم
عن محمد بن الشارب لا بجرد لنا ان وجه الشرب يتعلق بسبب
متيقن كحد الزنا وجه قوله محمد بن حد الشرب كان في زمن رسول
الله صلى الله عليه وسلم بالجريد والنعال ثم نقل الى السوط في زمن
عمر وهذا قال صلى الله عليه وسلم ما من رجل اتمت عليه من حدود
الله تعالى فمات فاحببت ان اديه الا شارب الخمر فانه شيء فعلنا
ماراينا واذا خف حكمه حل محل القذف الا انه ينزع في حد
القذف الحشو والفرو وذلك لانه يمنع من وصول الالم اليه
والمقصود من الحد الالم فاما المرأة فلا ينزع عنها ثيابها في سائر
الحدود الا الحشو والفرو لان بدنها عورة فحلت محل عورة الرجل

٢٦٢
فلا يجوز كشفها وقال ابو حنيفة الحدي في الاعضاء كلها ما خلا الفرج والوجه
والراس وقال ابو يوسف يبقى الوجه والصدر ويضرب الراس
والكفين والذراعين والعصدين والساقين والقدمين وذلك لان
تفريق الضرب تحقيق عن المضروب فاذا جمع في مكان واحد لم يؤمن
ان يودي الى التلف وهذا غير مستحق بالحد ولهذا امر رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان يحسم السارق لما قطعه حتى لا يودي الى التلف
الذي ليس بمسحق ولانه يجب ان يدخل الالم على كل عضو كما وصلت
اليه اللذة الا انه يبقى الاعضاء التي لا يؤثر منها التلف او تلف
ما ليس بمسحق فالراس تقتل والوجه مكان للبصر والشم ولذا ذكر
مقتل الصدر والبطن مقتل فينبغي ان يبقى ذلك وقد روي
عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال للجلاد اتق الراس
والوجه وجه قول ابي يوسف ان الراس اذا ضرب سوطا او سوطين
لم تخش منه التلف فصار كسائر الاعضاء قال ولا يفرق التعزير
على الاعضاء لما بينا ان المقصود منه زيادة الالم فكان جمعه
اولي من تفريقه وقال ابو حنيفة لا يبلغ في تعزير الحر والعبد
والمرأة اربعين سوطا وقال ابو يوسف وكان ابن ابي ليلى يضرب
في التعزير خمسة وسبعين سوطا ولا احفظ عنه تعزير العبد
قال بشر وقال ابو يوسف في التعزير على قدر عظم الجرم وصغر
وعلي ما يري الحاكم من احتمال المضروب فيما بينه وبين اقل من ثمانين

وجه قولها قوله صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من
المعتدين والارتعون حدي العبد فلا يبلغ اليها في التعزير
ولانه حد بنفسه فلا يستوفي عليه وجه التعزير كما لقطع وجه
قولا في حنيفة ما روي عن علي انه قال في التعزير خمسة وسبعون
قال ابو يوسف فقد رتبته في نقصان الجنس واعتبرت اديني
الحدود وقد روي عنه انه قال اقرب كل نوع من سائر ما قرب
التعزير في المس والقبلة من حدائنا والقذف بغير الزنا
من حد القذف ليكون الحاق كل نوع سائر ما قال ابو يوسف قال
ابو حنيفة تضرب المرأة الحد وهي قاعلة ولا تنزع عن المرأة شي
من ثيابها قال ابو يوسف وان لبست ما لا تلبس النساء نزع
عنها تلك الفضول وانما ضربت قاعلة لان ذلك استر لها فاما
فضول اللباس التي لم تجر العادة بها فاما تمنع من وصول الالام
فضارت كالحشو قال ولا يقيم حد في مسجد عند اصحابنا جميعا
حديث حكيم بن حزام قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يستقار في المساجد او ينشد فيها الاشعار او تقام فيها
الحدود وروى طاووس عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقام الحدود في المساجد
ولانه لا يوم من ان يفصل من الحدود نجاسة وقال الله عليه
وسلم جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم لان النبي لا يوم من

منه تلوت المسجد واذا ثبت انه لا يقيم الحد في المسجد جاز للامام
ان يخرج الحدود الى باب المسجد وبما من جلد وهو يشاهد لان ذلك
اقامة حد في غير المسجد وان شابت بامير وامر ان يقيم الحد ولان
النبي صلى الله عليه وسلم قال واغدنا انيس علي امرأة هذا فان اعترفت
فارجعها ولا يقيم الحد علي مريض حتى يبرأ وذلك لانا لو ضربناه
لمن ان تودي ضربة الى التلف وذلك غير مستحق بالجلد ولهذا
لا يجلد في الحر الشديد ولا في البرد الشديد ولذلك لا يقيم
الحد علي حامل حتى تضع لانه يودي الي اتلاف حملها وذلك
غير مستحق ولا نفسا حتى تتعالي من نفاسها وذلك لان النفاس
مرض فهو كسائر الامراض وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
بعث عليا لخدمة فراهي منها اثار الدم فرجع ولم يحد لها وذكر
ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكره وروى ان الغامدية
افرت بالزنا وهي حامل فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم اذهبي
حتى تضعي قالوا واخذ الحايض في حال حيضها لان الحيض ليس
بمرض فهي كالصحيحة فاما حد الرجم فيقيم في كل الاحوال الا
علي الحامل لان المقصود منه التلف فلا معنى لتخصيص الاحوال
فاما الحامل فلا ترجم لان اتلاف ولدها غير مستحق وقد روي
ان عمرهم برجم حامل فقال له علي ان يكن لك عليها سبيل فلا سبيل
لك علي ما في بطنها والذي روي ان النبي صلى الله عليه وسلم حد

مريض العتكال فجوز ان يكون مريضا النفس من صحتة فظهر
باقامة الحد على هذه الصفة لانه يالم بها كما يالم الصحيح بالسوط
وقال الحسن عن ابي حنيفة في القاذف ينزع عنه الغرو
والحشو وان كان عليه قميص او قميصان او جبة مبطنه
ضرب عليها وذلك لان هذا هو اللبس المعتاد قال ويلقي
عنه الرد لان ذلك متلف على السوط فيمنع من الضرب
قال وينبغي للقاضي ان يامر الجلاد ان لا يضرب بسوط له ثمر
ويامر بثمرته فتقطع لان الثمرة اذا ضرب بها صار كل ضربة
ضربتين وهذا لا يجوز قال وينبغي ان يقيم الحدود رجل يعقل
ويبصر كيف يضرب ويامره ان يضرب ضربا بين الضربين
ليس بالضرب المبرح ولا بالضرب الذي لا يوجد له مسر وذلك
لان من لا يبصر الضرب يقتل بضربه ولتقتل ليس بمسحق وانما
امر بالضرب الوسط لان النبي صلى الله عليه وسلم امر الجلاد
ان لا يبين بطيه ولان الضرب المبرح يؤدي الى التلف الخفيف
لا يولم فاعتبر الوسط وقال في المجرد في المرجوم ان الناس
يتعدون مقتله لان المقصود برجه القتل فما كان اسرع
كان اولى وقد روي ان عليا لما رجم الغامدية اعتداصل اذنها
بالري قال فاذا قتله دفعه الى اهله فيغسلونه ويكفونونه
ويصلون عليه ويدفنونونه لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال في

ما عر اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم رواه محمد في الاصل
ويقال عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لقد تاب توبة لو
نابها صاحب تكسر لغفر له ولقد رايته يتغمس في انهار الجنة
وروي ان بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تدعه
نفسه حتى جاء واعترف بالزنا وقتل كما قتل الكلب فسكت
النبي صلى الله عليه وسلم حتى مروا بموضع فيه حمار ميت
شايل الرجل فقال النبي صلى الله عليه وسلم انزلا فكلوا فقالا
يا رسول الله انه ميتة فقال صلى الله عليه وسلم ما بنا ولتأمر
اخيكا اعظم من هذا قال فان امر برجه فقال لم ارن خلي سبيله
وان لم سل وهرب لم يعرض له وقد بينا ذلك قال ولو سئل على
الزنا ورجع عن الاحصان قبل رجوعه ولم يرجه وجلده مائة
لانه اذا قبل رجوعه عن الجميع فقبول الرجوع عن البعض اولى
باب الاقرار بالزنا والمرني
بها منكرك قال محمد في كتاب الاصل في رجل اقر بالزنا بامرأة غائبة
ان القياس ان لا تخد ولكن يدع القياس للاثر الذي بلغنا عن
النبي صلى الله عليه وسلم في ما عر من مالك وجه القياس ان المرأة
لو حضرت جاز ان تدعي شبهة تسقط الحد عن المقر فلم تجز
استيفاء الحد منه مع تجويز الشبهة وجه الاستحسان
ما روي ان ما عر اقر عند النبي صلى الله عليه وسلم بالزنا فامر

برجه ولم يحضر المزني لها وقال في قصة العسيف اما علي ابناك
فجلد مائة وتغرب عام واعدا السن على امرأة هذا فان
اعترفت فارجعها فاجب الحد على الزاني باعترافه قبل ان يعلم
ان المزني لها معترفة بالزنا قال وتوجت المرأة تطلب مهرها
وقالت هو زوجي وقال هو كذبت انما ربيت بها وهذا بعد
ما حد حد الزنا فلا مهر عليه ولو كان هذا قبل الحد دري
عنه وكان عليه المهر للمرأة وذلك لان الامام لما حد فقد حكم
بكون الوطي زنا فلا تصدق المرأة بدعواها في ابطال الحكم ولان
هذا الوطي قد استوفى به الحد والمهر والحد لا يجتمعان بوطي
واحد واما اذا ادعت الزوجة قبل الحد سقط الحد وذلك
لانه يجوز ان تصدق في دعواها فلم يجز ايجاب الحد قبل اقامة
البينة على النكاح ولا يجوز ان تحل اذا لم يقم البينة لان وجوب
الحد لا يقف على انقطاع الخصومة واذا ثبت ان الحد قد سقط
والوطي في ملك الغير لا يخلوا من حد او مهر فاذا سقط بالشبهة
بقي المهر **فصل** قال ولولم يقل هو زوجي ولكن قالت
كذب ما زني في ولا اعرفه فلا حد عليه في قول ابي حنيفة وقال
زفر وابو يوسف ومحمد بن الحارث والرجل وعلي هذا الخلاف اذا اقرت
المرأة بالزنا اربع مرات في موطن فقال الرجل كذبت ما ربيت بها
ولا اعرفها دري الحد عنها في قول ابي حنيفة ذكر هذا الفصل

٤٢٦
في بعض نسخ الاصل وذكر ابو الحسن وجه قول ابي حنيفة ان الزنا لا يجوز
ان يتقدم به احدهما الاستحالة ان يزني بغير مزني بها فاذا انكرت
الفعل لم يصدق عليها فخرج فعله من ان يكون زنا لعدم المفعول
به ولانه لا يخلوا ان يجعله زانيا بها او بغيرها ولا يجوز ان يحكم
بزناهما مع انكارها ولا يجوز ان يجعله زانيا بغيرها لان هذا خلاف
ما اقر به فلم يبق الا اسقاط الزنا وليس كذلك اذا اقرانه زني
بغاية لان القياس يمنع من ايجاب الحد عليه لعدم ثبوت الزنا
في حقها وانما تركنا القياس للاثر ولا يلزم اذا اقرانه زنا بها
فسكتت لان السكوت لا يبطل حكم الاقرار والتكذيب يبطله الاثر
ان من اقر لغيره بحق فكذب به بطل اقراره ولو سكت لم يبطل الاقرار
وكان له حق التصديق في الثاني وجه قوله ما روي في حديث
سهل بن سعد ان رجلا اقر عند النبي صلى الله عليه وسلم
انه زنا بامرأة فانكرت فحلف رسول الله صلى الله عليه وسلم
فلان سقوط الحد عن احد الواطين لا يوجب سقوطه عن
الاخر بمن زنا بجنونة او صغيرة والجواب اما الخبر فقد
ضعفه اهل النقل وهو محتمل لجواز ان يكون انكرت وطالبت
حد القذف فحلف رسول الله صلى الله عليه وسلم لها واما وطي
الصغيرة والجنونة فلم يبطل حكم الوطي في حقها فكذلك
وجب الحد على الواطي وفي مسيلتنا بطل حكم الوطي في حقها

بأنكارها ولم يصدق عليها فلم يكن اثباته في حقه **فصل**
وقال محمد بن الحر وحاكيا عن أبي حنيفة إذا اقتر الرجل أنه زنا
بامرأة في أربعة مواطن متفرقة فقالت المرأة زنا بي مستكرهة
قال أما هذا فاني أحد فيه الرجل ولا أحد المرأة وذلك لأن
الوطي يسقط في حقها وإنما اعترفت بوطي لأحد فيه عليها
وسقوط الحد على التبع لا يوجب سقوطه عن المتبوع قالت
وإذا اقتر الرجل أنه زني فمجنونه أو صبي معها جامع فعليه
الحد وذلك لأن الوطي لم يحكم بعده في حقها وإنما سقط الحد
لمعني فيها وسقوط الحد عن التبع لا يوجب سقوطه على المتبوع
قال وإن كان المقر امرأة أنها زنت فمجنون أو صبي مثله جامع
فلا حد عليها وقال الشافعي عليها الحد لنا إن فعل الواطي هو
المتبوع وفعل المرأة تبع بدلالة أن الواطي يتفرد بالفعل والموطوءة
لا تتفرد به وإذا سقط الحد عن المتبوع لم يجز إيجابه في التبع
ولأن فعل الواطي لم يحكم له بالزنا فلم يجز إيجاب الحد على الموطوءة كما
ادعى شبهة **فصل** قال ولو أن حربيا مستأمنا في دار
الاسلام أقرت امرأة مسلمة أنها زنت به حدث المرأة في قولك
حنيفة وقال محمد لا تحد المراه مثل الصحيحة تقربا لزنا بالمجنون
وجه قول أبي حنيفة أن فعل المستأمن زنا وفي المنتقا عن أبي
حنيفة لا حد عليها وإنما لا تحد لنا أعطيناه الأمان على أن لا

٢٦٧
ناخذنا بحكامنا في جنوق الله تعالى وفعل الواطي إذا كان زنا فبعد زنيه
الحد لم يسقط عن المرأة كما لو مات أو هرب فأما على أصل أبي يوسف
فالحري تحريم الحد المسلم فإقرارها بوطي يوجب الحد عليها وأما
محمد فقال إن فعل الواطي متبرع وقد سقط الحد فيه فسقط عنها
كوطي الصبي والمجنون قال ولو أقر مسلم أنه زنا بحرسه مستأمنة
في دار الاسلام حد المسلم في قولهم جميعا لنا على أصل أبي حنيفة
فلأن الحد وجب عليهما فالمستأمنة عنده كالمسلمة في الحد
فصل قال وإذا اقتر الرجل أنه زنا خرسا أو امرأة
أخرى زنت باخرس فلا حد المقر في قولهم وذلك لأن الآخر من يجوز
أن يكون عنده شبهة لو قدر على الكلام لسنها فلم يجز إيجاب الحد
على المقر مع الشبهة وليس كذلك الغائبة لأنه ليس هناك
سبب ظاهر مانع من ذكر شبهة لم تسقط الحد عن المقر وقال
في الأصل قال أبو حنيفة إذا زني الرجل بمستكرهة أو مجنونة
أو صبيه مثلها جامع أقت عليه الحد وكذلك إن زنا بكل
امرأة يزني بها لا يجب عليها هي الحد من غير شبهة وذلك لما بينا
أن فعل الرجل هو المتبوع بسقوط الحد عن التبع لا يوجب سقوطه
عنه قال وكل رجل زنا بامرأة لا حد لغيره مثل الخرسا
والمرأة التي تقول تزوجني فلا حد عليه ولا عليها وذلك لأن الشبهة
إذا دخلت في الفعل من أحد الجنيتين خرج من أن يكون زني فلا

يتعلو به حد قال وكل امرأة زنا بها فان كانت ممن يجب عليها الحد
فعلته وعليها الحد اذا كانت مطاوعة وان كان لا يجب عليه
الحد فلا حد عليها ولا عليه وقد بينا هذا قالوا وكل نكاح درأت
فيه الحد عن الرجل والمرأة وجب فيه المهر وذلك لقوله صلى الله
عليه وسلم ايا امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان دخل
بها فلها مهر مثلها بما استنخل من فروجها فاوجب في النكاح

الفاسد المهر واسقط الحد **باب**
الشهادة على الزنا قال ابو الحسن لا يقبل على الزنا اقل
من اربعة شهود او بذلك نزل القرآن واجمعت عليه الامة
قال الله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم وتو ثبت الزنا بشهادة اقل من اربعة لم
يكن لشروطهم معني وقال تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم
يأتوا باربعة شهود فاجلدوهم ثمانين جلدة وهذا يدل على
ان القاذف اذا شهد له اقل من اربعة حد وقال النبي صلى الله
عليه وسلم لعل الزامية لما قذف امراته ابنتي اربعة يشهدون
والا فحد في ظهرك ولا خلاف في ذلك قال فاذا شهد على الزنا اقل
من اربعة لم يجز شهادتهم على المشهود عليه ولهم قذفة محدون
جميعا حد القذف اذا طالب بذلك المشهود عليه وقال الشافعي
اذ اجاوا بمجي الشهادة لم يحدوا لنا اجماع الصحابة وهو ما روي

ان ابا بكر وشبل بن معبد ونافع بن الحارث شهدوا على المغيرة بالزنا
عند عمر بن الخطاب ثم قام زباد وكان الرابع فقال رايت اقداما بادية
ونفسا عاليا وامرا منكرا ولا اعلم ما ورا ذلك فقال عمر بن الخطاب
الحمد لله الذي لم يفضح رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
وحد الثلاثة وذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف ولان المعني
المانع من قبول شهادتهم نقصان العدد وهو مقطوع به
فصار كترك لفظ الشهادة ولانا لو لم نحد من جاحي الشهادة
لسقط حد القذف لان كل قاذف يخرج قد فقه يخرج الشهادة
ليسقط بذلك الحد عن نفسه وهذا لا يجوز **فصل**

قال وكذلك ان جا الاربعة متفرقين فشهدوا على الزنا واحد بعد
واحد لم تقبل شهادتهم وهم قذفة حد كل واحد حد القذف ما كان
عددهم وذلك لان كمال العدد لو اعتد به في مجلسين لم يجعل عمر
حد الثلاثة ولما لم يحد معهم من يشهد بذلك زياد فلما حد هم
في الحال ولم ينتظر كمال العدد دل على ان من شهد في مجلسين لا يقيد
بشهادته ولا منهم اذا حضروا وعددتهم ناقصا رواقذفة على ما
قدمنا ولزمهم الحد للمشهود عليه فلم يجز الحاكم عليه بشهادتهم بعد
ذلك واما اذا حضروا في مجلس واحد وجلسوا المجلس المشهود وقام
الي القاضي واحد بعد واحد فشهدا قبلت شهادتهم لانه لا يمكن
اذا الشهادة دفعة واحدة لان القاضي لا يفهم عنهم وانما يشهد

واحد بعد الآخر فلم يوجد في الشهادة ما يفتضي كونها قد فاقد
روي ان عمر سمع الشهادة على هذا الوجه وذلك لانه اجلس المغيرة
فلما شهد عليه واحد قال له ذهب ربك فلما شهد الثاني قال
له ذهب نصفك فلما شهد الثالث قال له ذهب ثلثة ارباعه
فلما قام زياد قال له قم يا سلخ الغراب وهذا يدل على ان الشهادة
تقبل اذا اجتمع الشهود في مجلس واحد وان فرقوا الشهادة وقا
ابن رستم عن محمد بن الشهود على الزني اذا جاوا فرادي قال اذا كانوا
قعودا في موضع الشهود فجاء واحد بعد واحد فها ولا واحد
عليهم والشهادة جائزة وان كانوا خارجين من المسجد فهو لا يضرون
الحديث ولو كانوا مثل ربيعة ومضر وقال محمد بن الاصل ان الشهود
اذا جاوا متفرقين واحد بعد واحد ان شهدا دهم لا يجوز واحد منهم
جميعا يجوز شهادتهم وهذا على ما قدمنا ان الشهود لا يمكن ان يشهدوا
وان كانوا في مقعد واحد فلما قاموا الى القاضى قاموا واحدا بعد واحد
فان هو لا يجوز شهادتهم وهذا على ما قدمنا ان الشهود لا يمكن ان
الشهادة دفعة واحدة فلا بد من هذا التفريق فلا يقدح في الشهادة
واما اذا كانوا خارج المسجد فهذا التفريق لا يدعوا الحاجة اليه
فصار في خصوصتهم قاذفا فلم تقبل شهادته **فصل**
قال واذا شهد الشهود على رجل زنا قتلهم لم يجز شهادتهم عند اصحابنا
جميعا قال الشافعي تقبل شهادتهم لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه

انه قال لا يماشهود شهد واحد لم يشهدوا عند حضرته فانما هم شهود وضعف
لا تقبل شهادتهم ولا شاهد مخير بين اقامة الشهادة وبين اختيار الستر
وهو مندوب الى الستر فان اخر الشهادة من غير عذر فالظاهر انه
اختار الستر فلما عاد فشهدا دهم في شهادته لانه لم ينزك ما اختار
من الندب الا لامرهم على ذلك والشهادة تنسقط للتهمة وليس
كذلك المغرب بالحد بعد حين لان المغز لا يلحقه تهمة فيما يقربه على نفسه
فلذلك قبل اقراره ولهذا قال اصحابنا ان الشهود عليه اذا كان في
موضع ليس فيه حاكم فحمل الى بلد الامام جازت الشهادة وان تاخرت
لان هذا عذر في التاخير فالظاهر انهم تركوا الشهادة للعذر ولهذا
سمع عمر الشهادة على المغيرة مع تاخيرها لانه كان امير البصرة فلم يكن هنا
من يشهد عنده فكتب عمر اليه سلم ما قبلنا الى ابي موسى والحقي كذلك
قبلت الشهادة مع التاخير **فصل** وكان ابو حنيفة لا يوقت
في التقادم شيئا قال معلى عن ابي موسى جهدا بابي حنيفة ان يوقت
في التقادم شيئا فابي وقال ابو يوسف ومحمد اذا شهدوا بعد مصي شهر
من وقت ما عاينوا فصح ايقادهم لا يجوز شهادتهم وحكي للحسن بن زياد
ومحمد وعن ابي حنيفة انهم اذا شهدوا بعد سنة لم يجز شهادتهم وجه
قول ابي حنيفة ان التقادم يختلف باختلاف الاحوال في الاعذار فوقف
ذلك على اجتهاد الحاكم فيما بعد تفريطا وما لا بعد فلذلك لم يتقدر
كلا لا يتقدر هم المسلفات والذي رواه الحسن عن ابي حنيفة لا ينافي

هذا لانه جعل السنة بعاما ولم يمنع مادونها والكلام في التقدير
الذي اختص الحكم به وجه قولها ان الشهر في حكم البعيد ومادونه
في حكم القرب ولهذا جعل اجلا في الديون فوجب ان يقدر التأخر به
اذا لم يكن هناك عذر ظاهر **فصل** وحكي الحسن انهم اذا شهدوا
على زنا متقادم انهم يضربون الحد قال ابو الحسن لم اره عن غيره والظاهر
انه لا حد عليهم لان الشهادة كاملة العدد وانما سقط الحد عن المشهود
عليه للشبهة فلا يكون ذلك سببا في اجاب الحد على الشهود ولا الزينة
في تاخر الشهادة ليس باكثر من فسق الشهود ولو شهد الفساق بالزنا
لم يجب عليهم العدد فالعدول اذا اتهموا اولى وجه رواية الحسن انهم
لما اختاروا السر خرج قولهم من ان يكون شهادة فبقي ان يكون قذفا
فتغلوبه وجوب الحد **فصل** واذا شهدوا انهم زنا بامرأة
لا يعرفها الشهود لم تجز شهادتهم ولم يحد المشهود عليه قال الشيخ
وجملة هذا ان الشهود اذا شهدوا بالزنا سألهم القاضي عن الزنا ما
هو وكيف هو فان وصفوا الزنا وقالوا رايناها وطها في الفرج او لم
كما يوجب الميل في المكحلة سألهم القاضي متى زنا واين زنا وبمن زنا
فاذا اثبتوا ذلك وجب الحد وانما سألهم عن الزنا وكيفيته
لان مادون الذي زنا يسمى باسم الزنا على وجه المجاز ولهذا قال صلى الله
عليه وسلم العيان ترنيان والبيد ان ترنيان والرجلان يزنيان
ثم تحقق ذلك الفرج ولا يومر ان يسمى الشهود مقدمات الذي زنا

فهذا

فهذا يبسأ لهم الحاكم عن الزنا ما هو وكيف زنا فاذا ثبتوا ذلك
سألهم متى زنا لانه لا يجوز ان يكون زنا في وقت متقادم وقد بينا
ان التقادم من غير عذر يمنع من قبول الشهادة ويبسأ لهم اين زنا
لجواز ان يكون زنا في دار الحرب والمسلم اذا زنا في دار الحرب ثم خرج
اليها لم يغم عليه الحد لانه لم يكن للامام عليه يد عند وجوب الحد
فصار ذلك شبهة فيه ويبسأ لهم عن زنا لانهم اذا لم يعرفوا الزنا
لها جاز ان تكون زوجته او جاريته فلا يجب الحد بوطيها فاذا قالوا
لا نعرفها صار ذلك شبهة فمنعت من قبول الشهادة واذا صحت
الشهادة سأل الحاكم المشهود عليه المحصن هو ام لا لان النبي صلى الله
عليه وسلم سأل ما عزا عن الاحصان فاقربه فرجه وانما وجبت المسألة
لان الحد يختلف على ما قدمنا ان الواجب في حد البكر للحد وفي الثيب
الرجم فوجب على القاضي ان يسأل عن ذلك ليعلم مقدار الحد الواجب
قال فان اقربا لاحصان عند الحاكم او شهد الشهود على احصانه
سأله الحاكم عن الاحصان ما هو فاذا وصف الاحصان الذي
يثبت لك امر برجه وان كان احصانه ثبت بشهود سأل الحاكم
الشهود عن الاحصان ما هو واذا اثبتوا امر برجه وانما ابتدا
بمسأله لانه يجوز ان يقر فيستغني باقراره عن البينة فاذا
اقر قبل اقراره لان النبي صلى الله عليه وسلم قبل اقرارها عزا بالاحصان
ولانه غير متهم على نفسه وانما يسأله القاضي عن تفسير الاحصان

وبسبب الشهود عن ذلك لأن شرائط الإحصان تختلف فيها
فلا يؤمن أن يعتقد المقر أو الشهود في الإحصان ما لا يعتقده
الحاكم فوجب أن يسألهم عن تفسير **فصل** قالوا الشهادة
على الإحصان مثل الشهادة على الأموال تثبت بشاهدين ورجل
وامرأتين وبالشهادة على الشهادة قال زفر لا يثبت الإحصان بشها
النساء وجه قولهم أن الإحصان هو النكاح والبلوغ والعقل
والإسلام والدخول وهذه المعاني تثبت بشهادة الرجال والنساء
عند الانفراد فكذلك عند الاجتماع ولأن الإحصان يثبت في الرجم
والأسباب تثبت بما لا يثبت به مسيئاتها بدلالة أن الولادة
تثبت بشهادة النساء وإن لم تثبت بها النسب وجه قول زفر
أن هذه الشهادة يثبت بها القتل وشهادة النساء لا تقبل في القتل
والجواب أن القتل يثبت بالزنا فاما الإحصان فاما هو سبب فيه
فلو وجب اعتبار الذكور فيه كما وجبت في الزنا لوجب اعتبار العدد
الذي يثبت به الزنا وهذا لا يصح **فصل** قالوا إن تعمد
الشهود النظر حين راوا الزاني حتى اثبتوا الإيلاج على الصفة
التي ذكرنا جاز ذلك لهم أن يفعلوه وإن وقع ذلك على مفاجأة
جاز ذلك لأنه لا يمكن إقامة الشهادة إلا باعتماد النظر حين
يتبين لهم الفعل والشهادة معني جاز فجاز ما لا يتوصل إليه إلا
به كما يجوز للقاتل تعمد النظر إلى الفرج لإقامة الشهادة على

٢٧١
الولادة وكما جاز للطبيب تعمد النظر إلى الفرج إذا احتاج إلى مداواته
باب رجوع الشهود وما
في معناه قال أبو الحسن وإذا شهد أربعة على رجل
بالزنا وهم عدول فقصي عليه الحاكم بالحد أو لم يقض ثم رجع
أحدهم وقد ضرب بعض الحد أو لم يضرب فإن أبا حنيفة وأبا يوسف
قالا يضرب الشهود جميعا من رجع ومن لم يرجع حد القذف
إلا أن يكون الرجوع بعدما كمل الحد فحد الرابع وحده وقال
زفر إذا رجع واحد منهم بعد ما شهد وأفلأ حد إلا على الرابع
قال الشيخ وجملة هذا أن الرجوع لا يخلو إما أن يكون قبل
الحكم أو بعد الحكم قبل الاستيفاء أو بعد الحكم والاستيفاء
فاذا رجع أحدهم قبل الحكم حد وأجمعوا عند أصحابنا وقال
زفر حد الرابع وحده وجه قولهم أن الطاري على الشهادة
قبل الحكم بها كالموجود في الابتداء ففي الحدود أولى وجه
قول زفر أن عدد الشهود لم يتم عند الادعاء تحت شهادتهم فالراجع
يصدق على نفسه في إيجاب الحد ولا يصدق عليهم وأما إذا
رجع أحدهم بعد الحكم قبل الاستيفاء قال أبو حنيفة وأبو يوسف
يحدون جميعا وقال محمد بن محمد الرابع خاصة وجه قولها أن الطاري
على الشهادة بالحدود وبعد الحكم قبل الاستيفاء كالموجود
في الابتداء بدلالة ردة الشهود وقد بينا أن رجوع أحدهم

قبل الحكم بوجوب الحد عليهم ولذلك رجوعه بعد وحده قول محمد
ان الشهادة قد صحت بحكم الحاكم فلم يصدق الراجع على ابطال الشهادة
بعد صحتها فكانه رجع بعد الاستيفاء وليس كذلك رجوعه
قبل الحكم لان صحته الشهادة موقوفه على الحكم بها فلم يكن في
رجوعه ابطال للشهادة قد صحت واما اذا رجع احدهم بعد
استيفاء الحكم فلا تخلوا ان يكون الحد الجلد او الرجم فان كان الجلد
فرجع احدهم فعليه الحد خاصة في قولهم وذلك لان الطاري
على الشهادة بعد استيفاء ما وجب بها لا يتعلق به حكم فلم يقدر
رجوع الراجع في الشهادة وانما اعترف على نفسه بالقذف
فوجب عليه الحد خاصة وقال ابو حنيفة لا ضمان على الراجع
من ارش السياط وكذلك ان مات من الجلد وقال ابو يوسف ومحمد
يضمن وجهه قولاني حنيفة ان الاثر والموت ليس بموجب للشهادة
بدلالة ان الجلاء قد جلد فيبقى جلده اثر ولا يبقى وموت الجلود ولا
موت ولو كان ذلك من موجب الشهادة لم ينقل عنها كعدد الجلدات
وكالموت في الرجم وما لم يوجه الشاهد بشهادته لم يلزمه ضمانه
ولانه لا تخلوا ان يجب الضمان في بيت المال او على الشاهد او على الجلاء
ولا يجوز اجابه في بيت المال لان الاثر ليس من موجب الحكم الا ترى
انه قد ينك عن الحكم وما لم يوجه الحكم لا يجوز ان يتعلق به
ولا يجوز ان يضمن الشاهد لما قدمنا ولا يجوز ان يضمن الجلاء لانه

ما ذون في الفعل من طريق الحكم لاعلى وجه البذل ولم يعتد تجاوزا امر
به فصار كمن استغين به في دق ثوب فتخرق فلم يبق الاسقوط الضمان
وجه قولها ان الاثر موجب للضرب والضرب حصل بمقتضى الشهادة فكان
الشاهد هو الموجب له فوجب عليه ضمانه واذا ثبت هذا لزم الراجع
ربع ارش الضرب لان ذلك هو الموجب لشهادته وان مات المضروب وجب
عليه ربع الدية وسقط ارش الضرب لانه ضمان حد في ضمان
النفس **فصل** واما اذا كان الحد الرجم فمات المرجوم
ثم رجع احد الشهود فعلى الراجع الحد عند اصحابنا وقال زفر لا حد عليه
وجه قولهم ان الراجع صار قاذفا عند رجوعه بالشهادة السابقة
ولم يصرقاذفا بالشهادة بدلالة انا جعلناه قاذفا حينئذ او
على بقية الشهود الحد كما لو شهد ثلاثة مع القاذف فلما لم يجب
الحد عليهم بالاتفاق دل على انا جعلناه قاذفا في الحال بالقول السابق
ومن قذف ميتا وجب عليه الحد ولا يقال بوجعلناه قاذفا في الحال
لم يجب عليه الحد لانه قد قذف حكم الامام بزناه فصار كما لو قذفه غيره
الشاهد ^{قله} ولان غير الشاهد اذا قذف لم يقدر في الشهادة فيقتضي
حاله اسقاط الحد عنه لقذفه من حكم بزناه فاما الشاهد ففي
زعمه انه كذب في شهادته وان المشهود عليه على احصائه
فيقبل قوله على نفسه ولا يقال لو كان كما قلتم لوجب اذا قذف
المرجوم اجنبي ثم قال كذبت عليه في قذفه وهو محصن حد وذلك

لاذ الاجنبي اذا قذفه واكذب نفسه لم يقذف ذلك في زعمه في الشهادة
الموجبة لا بطلان احصائه وفي زعم هذا الشاهد ان الشهادة المبطله
لا احصان وقد بطلت فلذلك صدق في حق نفسه وجه قول
زفران الشاهد برجوعه معترف باحصان المقذوف فلا يجوز
ان يجعل وصفه له بالعفة قذفا فلم يبق الا ان يكون قاذبا للشها
ومن قذف حيا ثم مات سقط الحد عنه على اصلنا ان الحد
لا يورث **فصل** وان كان الشهود خمسة ف ضرب الحد بشهادتهم
ثم رجح واحد لم يكن عليه شيء وامضى الحد على المشهود عليه بشهادة
من بقي وذلك لان الباقي على الشهادة اذا كان فيهم ثبتت بشهادته
الحد لم يجب على الراجع برجوعه شيء لان ما شهد به مستحق بشهادة
غيره فان رجح اخر ضمن الراجعان ما كان يضمنه الواحد اذا كانوا
اربعة فيضمنان ربع الدية ان كان مات وان لم يميت ضمنا ربع
الارش في قول ابي يوسف ومحمد ولا يضمنان في قول ابي حنيفة
ارش الضرب وذلك لان المعتبر عند الرجوع بالباقي على الشهادة
لا بصفة الراجع **فصل** ان بقي على الشهادة من يثبت بشهادته
الحق لم يجب على الراجع ضمان وقد بقي على الشهادة في مسلتنا من
يثبت بشهادته ثلاثة ارباع الحق فصار الربع بالغاب شهادة الراجع
فكان عليهما ضمانه ولا يقال ان الاول لما رجح لم يجب عليه برجوعه
ضمان فكيف يجب عليه الضمان برجوع غيره وذلك لان هذا المعني

٢٧٨
لو صح لكان الخمسة لورجعوا معا لم يجب على واحد منهم ضمان لان من حجة
كل واحد ان يقول لو انقردت برجوعي لم يجب علي ضمان فلا يجب على
برجوع غيره فلما وجب عليهم الضمان ذل على بطلان هذا السؤال
فصل ولو شهد اربعة على رجل بالزنا فسمع الحاكم
ولم يعرف عدالة الشهود فزكوا ولم يترك واحد منهم فلا حد على احد
منهم وكذلك ان كانوا افساقا ومحافا وذلك لان الزنا يشهد
به اربعة من اهل الشهادة واما لم يثبت الحد فيهم للثبوت وما كان
سببا في اسقاط الحد عن واحد لم يكن سببا لاجاب الحد على غيره قال
ولو اكانوا اربعة فشهد ثلاثة منهم عليه بالزنا وشهد الرابع
على شهادة غيره فانه تحد الثلاثة الذين شهدوا على شهادة انفسهم
ولا تحد الذي شهد على شهادة غيره ولا تحد المشهود عليه وذلك لان
الشهادة على الشهادة لا تقبل في الحد لانها قايمة مقام الغير كشهادة
النساء اذا سقطت شهادة الشاهد على شهادة غيره بقي الشهود
ثلاثة فوجب عليهم الحد ولا حد على الرابع وكذلك لو شهد اربعة
على شهادة اربعة لان الشاهد على شهادة غيره حاكمي للقذف عن
غيره والحاكمي للقذف لا يجب عليه الحد قال وان كان في الشهود وقد
شهدوا وشهادة انفسهم عبدا ومكاتب او مديرا وزمن او اعني او محدود
في قذف حدوا جميعا وذلك لان المانع من قبول شهادتهم يثبت من
طريق الحكم فصار كتنقصان العدد وترك لفظ الشهادة قال فان

علم ذلك بعد ان اقيم على المشهود عليه الحد وهو جلد او رجم فان كان
رجما لم يحدوا والدية على الحاكم في بيت المال وان كان الحد جلد اضربوا
الحد اذا طلب ذلك المشهود عليه ولا يلزم الشهود شي من ارش الضرب
في قول ابي حنيفة ويكون ذلك على الامام في بيت المال على قول ابي
يوسف ومحمد وذلك لانه لما رجم بشهادتهم فقد حكمنا انهم قد ذفوا
عند الشهادة ومن قد ذف حيا ثم مات سقط الحد عنه لان الحد
لا يورث على ما سن بينه وان كان الحد جلد احد واحد القذف
لان المقذوف باق فكان له المطالبة بالحد فاما ارش الضرب
والدية فلا ضمان فيه عند ابي حنيفة على ما قدمنا ان الجرح والموت
غير موجب بالشهادة ولا بالحكم وعلى قولهما حكم في بيت المال لانه على ط
من الامام فاما في الرجم والدية في بيت المال في قولهم لان الرجم
موجب بالشهادة وقد منا غلط الامام في حكمه بشهادة من ليس
من اهل الشهادة والامام لا يجوز ان يلزمه ضمان فيما يتصرف
للمسلمين ان لو لم يضمن ضمان لم ينفذ حكمه كحقوق نفسه واذا سقط
الضمان عنه وجب على من وقع النصف له وما وجب على المسلمين
كان في بيت مالهم ولهذا قالوا ان الامام لو حكم بالقصاص بشهادة
العبيد او بماله ثم بان له ذلك وجب الضمان على المقضي له ولا يجب
في بيت المال لان الحكم رجع لحق للدعي فكان الضمان عليه وفي مسلتنا
وقع الحكم لحق المسلمين كان الضمان عليهم **فصل** وان كان الشهود

عليه امرأة واحد الشهود زوجها فلم يزكوا احدا الثلاثة ولا عن الزوج
المرأة وذلك لان الزوج اذا لم يثبت زنا امراته كان موجب قذفه لها
اللعان واذا وجب عليه اللعان خرج من ان يكون شاهدا وصار مدعيها
فتنقص عدد الشهود عن اربعة فوجب عليهم الحد مسئلة
واذا شهد اربعة على رجل انه زنا بهن المرأة فشهد اثنان ايضا وعنه
وشهد اخران انه استكرهها فلا حد على الرجل ولا على المرأة في قول
حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد حد الرجل وحده ولا حد على
الشهود في قولهم وجه قوله ابي حنيفة وزفر ان كل واحد من الفريقين
يشهد بغير الفعل الذي شهد به الفريق الاخر الا ترى ان شهود الاكر اه
شهدوا بفعل يتنقل حكمه الى غير الفاعل وشهود الطوع شهدوا
بفعل لا يتنقل الى غير الفاعل واذا اختلفت الفعلان لم تقبل الشهادة
كما لو شهد كل فريق بزنا في بيت اخر ولا نكل شهادة لم يستوف
الحد لهما من احدا لو اطمين لاختلفا لم يستوف من الاخر
كالشهادة بالزنا في بيتين واجتج الطحاوي ان شاهدي الطوع
قذفا المرأة وانما سقط عنهما الحد بشهادة الشاهدين انها
وطيت مكرهة واذا صار اخصمين في هذه الشهادة احتاجا
الي سن ولم يحران على شهادتهما فيما صار اخصوما فيه وجه
قولهما انهم اتفقوا في الرجل على فعل واحد وانما اختلفوا في المرأة
فوجب الحد على من اتفقوا على زناه وسقط عن اختلفوا في خاله

كالوشهد شاهدان انه زنا بها وهي مجنونة وشاهدان انه زنا بها
 وهي عاقلة وانما يجب الحد على الشهود لانهم اتفقوا على الشهادة
 بوطي امرأة واحدة فصار كالشهادة على الزنا في بيتين ولان شاهد
 الاكراه قد شهدوا انها وطيت وطيا يسقط الحد عن قاذفهما فلا
 يجب على شاهدي الطوع الحد **فصل** ولو شهد ثلاثة انه
 زنا بها مطاوعة وواحد انه استكرهها لم يحدوا احد من الشهود
 في قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد الحد الثلاثة وجه
 قول ابي حنيفة وزفر انهم اتفقوا على وطئ امرأة واحدة وانما اختلفوا
 في الفعل فصار كالشهادة بالوطئ في بيتين ولانهم لما اختلفوا على
 الشهادة وسقط الحد عن الشهود وعليه المشبهة لم يجز اجاب
 الحد بذلك على الشاهد وجه قولها ان الثلاثة شهدوا بالطوع
 ولم يثبت وطئها وطيا حراما الا بشهادة واحد وذلك لا يعتد به
 في ابطال الاحصان فبقي احصانها كالحال فوجب عليه الثلاثة
 الحد ولهذا المعنى لم يحكم بوجوب الحد على الواطي لانهم صاروا
 خصوما في هذه الشهادة حين وجب عليهم الحد بها فلم يجز الحكم
 بشهادتهم **فصل** وقد روي عن مالك عن ابي يوسف
 اذا شهد ثلثه بالاكراه وواحد بالطوع لم يحد الواحد وذلك
 لان احصانها بطل بشهادة ثلثة انها وطيت وطيا حراما فلم يجب على
 شاهد الطوع الحد بقذفه والكلام في هذه الفصول على ظاهر الرواية

ان الشهود اذا شهدوا على المرأة انها وطيت مكرهة سقط الحد عن
 قاذفها لانه وطئ محرم في غير ملك وانما سقط الحد فيه بالمشبهة
 فابطل الاحصان وقد روي عن ابي يوسف ان من زنا بها مكرهة
 لم يسقط الحد عن قاذفها فعلى هذه الرواية عنه يجب الحد على
 شهود الطوع وان كان شهود الاكراه اثنين فصاعدا **مسألة**
 واذا شهد شاهدان انه زنا بها في مكان كذا وكذا وشهد الاخران
 على مكان اخر والمكانان لا يجوز ان يقع فيهما فعل واحد فلا حد على
 المشهود عليه ولا على الشهود في قول ابي حنيفة وابي يوسف
 ومحمد والحسن بن زياد وقال زفر يحد الشهود وكذلك الاختلاف
 في الاوقات وجه قولهم ان الاربعة اتفقوا على الشهادة بالزنا
 بامرأة واحدة وانما سقط الحد عن المشهود عليه بالمشبهة فلم
 يجز اجاب الحد بذلك على الشهود وجه قول زفر ان كل واحد من
 الفريقين شهد بفعل غير الفعل الذي شهد به الفريق الآخر
 وكل واحد من الفعلين لا يثبت باقل باربعة من شهود الزنا
 اذا نقص عدد منهم عن اربعة حد **مسألة** قال ولو شهد
 اربعة على رجل بالزنا في بيت واحد فقال اثنان في هذه الزاوية
 وقال اخران في هذه الزاوية الاخرى فانه يحد المشهود عليه
 اذا كان ذلك متقاربا يجوز ان يقربها احد الفريقين الى احدهما
 لانها اقرب اليه عندهما ويقربها الاخران الى الاخرى لانه عندهما

اقرب الي هذه الرواية وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وهو الحسن
والقياس ان لاحد علي المشهود عليه وما حكيما من العلة فليس بمنصوص
عنهم ولكنه موضوع علي هذا عندي وقال زفر نكل الشهود ولا يحد
الرجل اما وجه القياس فلا نكل واحد من الغريقين شهد بالزنا
في مكان غير المكان الذي شهد به الاخر فصار كالشهادة بالزنا
في بيتين وجه الاستحسان ان الشهود عدول فما امكن حل امرهم
علي الصحة كان ذلك اولى من حمل امرهم علي الفساد والبيت الصغير يجوز
ان يضرب الشهود موضع الفاعل من احد زواياه ويقربه الاخر من
رواية اخري فلا سبب لذلك الاختلاف في الشهادة فوجب الحد بها
هذه طريقة ابي الحسن ومن اصحابنا من قال ان البيت الصغير قد يفتدا
الفعل في بعض جوانبه وينتهي الفاعل بالحركة الي جانب الاخر فيكون الفعل
فعلا واحدا وان اختلف مكان الفاعل فكذلك وجب الحد وهذا الاستحسان
عندنا في تصحيح الشهادة فان اصحت بالاستحسان وجب الحد بالنص
لانا اذا لم نوجب الحد بالقياس فاو لي ان لا يوجب بالاستحسان وجه
قول زفر ان كل واحد منهم شهد بفعل غير الفعل الذي شهد به الاخر
فصار كالشهادة بالفعل في بيتين وانما اوجب زفر علي الشهود الحد
علي اصله ان اختلفا في الفعل يوجب الحد علي الشهود كما بينا في البيتين
مسألة قال واذا اذكا الشهود بقر زعموا انهم احرار فزعم بشهادتهم
ثم وجد بعض الشهود عبدا فلا شي علي المزيكين عند ابي حنيفة اذا لم يكون

٧٦
علي شهادتهم انهم احرار لم يفيض علي المزكون بشي وان رجع المزكون عن شهادتهم
ضمنوا عند ابي حنيفة وقال ابي يوسف ومحمد لضمان عليهم وجه قول
ابي حنيفة ان المزيكين جعلوا شهادة الشهود شهادة الاتري انها كانت
موجودة قبل التركيبة ولا تتعلق بها حكم وانما تتعلق بها بالتركيبة واذا
كانوا هم الذين جعلوا شهادتهم شهادة وجب عليهم الضمان كالشهود
اذا رجعوا الما كان كل واحد منهم جعل الشهادة الباقيين شهادة وجب
عليه الضمان عند رجوعه وليس كذلك شهود الاحصان اذا رجعوا
لانهم لم يجعلوا شهادة شهود الزنا شهادة الاتري انها كانت موجودة
والحكم بتعلقها فكذلك لم يجب عليهم ضمان وجه قولها ان المزيكين
سبب فلا يجب عليهم ضمان كشهود الاحصان واما اذا ثبت المزكون
علي التركيبة لم يجب عليهم الضمان لانهم لم يعترفوا بما يوجب الضمان عليهم
فلذلك لم يلزمهم شي ولا يضمن الشهود لانا لا نتيقن كذبهم لجواز ان يصدقوا
وان كانوا عبيدا والضمان انما يجب عليهم باثلاث المشهود به بغير حق قال
وان كانوا المزكون انما قالوا هم عدول ثم وجدوا عبيدا فلا ضمان عليهم لان
الدين والعدالة لا يتنافيان فلم يخبروا بما رينا خلافا **فصل**
قال واذا شهد اربعة علي رجل بالزنا فادعا المشهود عليه ان احد الشهود
عبد فالقول قوله حتي يقيم الشهود بينة انه حر لان الناس احرار في
كل شي الا في اربع خصال الشهادة والقصاص والعقل والحد وذلك
لان الحرية ثابتة من طريق الظاهر والظاهر يدفع به الدعوي ولا يخفى

به حق على الغير ولو حكمنا بالحرية في الشهود لاستحققنا على المشهود عليه
الحد بظاهر حريتهم وهذا لا يجوز فاما القصاص فهو اذا قطع رجل يد
رجل وزعم القاطع ان المقتوع عبد لم يقتصر منه حتى يقيم البينة على
حريته لان الحرية ظاهر فلا يستحق لها القصاص على القاطع فاما العقل
فاذا قتل الرجل رجلا خطأ فرجعت عاقلته انه عبد لا يلزمهم تحمل العقل
عنه فالقول قولهم حتى يثبت حريته لان ظاهر الحرية لا يستحق به العقل
عليهم واما الحدود فاذا قال من وجب عليه الحد اي عبد لم يكمل حد حتى
يشهد الشهود بحريته لان الاستحقاق عليه لا يثبت بظاهر الحرية
باب **الحديد خله الشبهة**
بعد وجوبه قال ابن سماعة وعلي بن الجعد في الاملاء عن ابي يوسف
ورواه ايضا ابن سماعة في نوادره قال سمعنا ابا يوسف قال في
رجل فجر بامرأة ثم تزوجها اذ ابا حنيفة قال لا حد عليه وقال ابو يوسف
عليه الحد وروى ابن سماعة عن محمد في نوادره في الرجل يزني بامه ثم
يشترىها او يزني بحرة ثم يتزوجها قال عليه الحد في ذلك كله في قول ابي
حنيفة ومحمد قال لان الشهود اذا قالوا شهد انه زنا بها فالزنا على
حاله ثابت لا ابالي اشتراها او لم يشتريها او تزوجها او لم يتزوجها
قال وان اشترى يعني السارق المتاع من صاحبه قبل القطع او
له او تصدق به عليه فصار المتاع لا خصم فيه اني لا اقطع السارق
حتى يحضر المسروق منه فيدعي المتاع قال محمد وقال ابو يوسف

لا احد في الحق ولا الامة بقول لان الفرج قد حل له فلا احد في شيء قد حل
له قال ابو الحسن فرواية محمد عن ابي حنيفة وابي يوسف مثل رواية
الاملاء في القولين جميعا وقال الحسن بن زياد قال ابو حنيفة لو ان رجلا
زنا بامرأة ثم تزوجها عليه الحد وعليها ولو زنا بامه ثم اشترىها
دري عنه الحد وكذلك لو وهبت له او تصدق بها عليه وقبضها
وكذا لو ورثها او وصي له بها او ملك شيئا منها دري عنه الحد في
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يقيم عليه الحد في ذلك كله وجه
رواية الاملاء ان الطاري على الحد ود قبل استيفائها بمنزله الموجود
في الابتداء ولو تزوجها ابتداء واشترىها ثم وطئها سقط الحد عنه فذلك
اذا ملكها في الثاني وعلى هذا قالوا في السارق اذا ملك العين المسروقة
قبل القطع سقط القطع عنه هذه العلة وجه رواية محمد ان الزنا
وجب لاستيفان من متعة المرنى بها لا لعينها والمتعة التي وجب
لحد بها لا يملك بعقد النكاح ولا بالشري وانما يملك منافع اخر وملك
ما لم يتعلق به الحد لا يسقط الحد وليس كذلك اذا اشترى العين المسروقة
لان الحد وجب لاصل العين وقد طرأ الملك على نفس ما يتعلق به الحد وجه
رواية الحسن ان الحق لا يملك لصنعها بالنكاح بدلالة انها لو وطئت
بشبهة كان المهر لها واذا لم يملك ما وجب الحد لاجله لم يسقط الحد
فاما الامة فقد ملك بضعها بدلالة انها لو وطئت بشبهة استحق
مهرها ولانه يملك بضعها لغيره بحق نفسه واذا ملك ما وجب الحد لاجله

سقط الحد **فصل** وقال علي بن الجعد وبن ساعة عن ابي يوسف
في رجل غضب امة فزنا بها فماتت من ذلك او غضب حرة نفسها
فغضب بها فماتت من ذلك فان ابا حنيفة قال عليه الحد في الوجهين
جميعا وعليه مع ذلك دية الحرة وقيمة الامة اما الحرة فلا شبهة
فيها لا مملك تنفع الدية واذالم تملك لم يسقط الحد فاما الامة
فانها مملك بالقيمة عند ابي حنيفة علي رواية ان المملك في
الامة يسقط الحد الا انه يقول ان الضمان وجب بعد الموت والميت
لا يصح تملكه وانما ثبتت للغاصب حق الملك من طريق الحكم فلا
يسقط ذلك الحد قال ولولم تمت الامة ولكن ذهب بصرها غرم الغائب
القيمة علي قول ابي حنيفة وسلمها اليه او انبقت فضمنه القيمة
فلا حد عليه في الامة وهذا معتزلة الشري وقال ابو يوسف
ليس عليه حد في الامة في الوجهين جميعا ولذلك روي الحسن
ابن زياد عن ابي حنيفة وابي يوسف اما علي رواية علي فلان الضمان
اذا وجب بقفا العين والاباق فالمضمون يصح مملكه فيملكها الغائب
بالضمان فيصير كملكها بالشري فاما المستملكة فالتمليك لا يصح
فيها وانما يثبت حكم الملك فلا يسقط ذلك الحد وجه رواية الحسن
عن ابي حنيفة وابي يوسف ان الضمان سبب للملك في المتلف
لا ان الضمان يستند الي حال الغصب فيملك العين في ذلك الوقت
حكما والعين في تلك الحال يصح تملكها واذا ملكها بالضمان سقط

٢٧٨
الحد عنه وهذه الرواية اصح علي اصولهم في تغلق التملك بالضمان
باب حد القذف
قال الله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم
ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادا ابدا واوليك هم الفاسقون الا
والرعي المذكور في الآية هو الرعي الزنا دون الرعي بغير من الفجور والفسق
والكفر وسائر الوطي المحرم ولا خلاف في ذلك بين اهل العلم والذي يدل
علي ان الرعي المذكور هو الزنا قوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء فدل
علي ان المعني الرعي به هو الذي يفتقر في ثبوتها الي اربعة شهود وما
ذلك الا الزنا وقد دل علي وجوب الحد بالقذف الآية وقوله
عليه الصلاة والسلام لهلال بن امية لما قذف امراته بالزنا
ايتني باربعة يشهدون والا فخذ في ظهرك قال والمحصنة عندنا
هي الحرة المسلمة العفيفة فاذا رماها الرامي بما لو اتي عليه باربعة
شهدا حد المرمي حد الزنا فكذا القذف يجب عليه حد القذف في
لميات بالشهادة علي صحة قوله وجلة هذا ان شرايط الاحصان
عندنا البلوغ والعقل والاسلام والحرية والعفة عن فعل
الزنا فاما البلوغ والعقل فلان الحد وجب علي القاذف للشين الذي يلحقه
بالمقذوف والصبي والمجنون لا يكون منهما الزنا فلا يلحقهما شين بالقذف
واما الحرية فلعله تعالى فعلهن نصف ما علي المحصنات من العذاب فدل
علي ان الاحصان يعبر به عن الحرية واما الاسلام فللقوله صلى الله عليه وسلم

من اشرك بالله فليس محصن واما العفة عن فعل الزنا فلا من لا يعف
عن الزنا لا يلحقه الشين بالقذف ولا ان القاذف ليس بكاذب في قذفه
واذا اكملت شرائط الاحصان في المقدوف وكان القذف يفعل لوثبت
وجب به حد الزنا على المقدوف متى لم يثبت وجب الحد على القاذف
بظاهر الآية قال ابو الحسن وان كان القاذف لو اقام اربعة شهداء على
صحته ما قذف به لم يحل المقدوف حد الزنا فكذا لا يحل القاذف حد
القذف وذلك لما قدمنا ان القذف الموجب للحد هو القذف بالزنا
فما لا يجب بثبوته حد الزنا فليس بزنا والرمي به لا يوجب الحد
قال ووجه اخر يجب ايضا حد القذف به وهي ان ينفي نسيان من ابيه
فهو قاذف لامه فان كانت لام محصنة وجب على القاذف الحد اذا طال به
به وذلك لان النسب انما ينتفي عن ابنه اذا كانت امه رانية فصار
كقوله ليس هو لابي كقوله رنت امه وقد كان يجوز ان يقال ان هذا
قذف نسبه لانه يحتمل ان ينفي النسب عن الاب اذا وطئها واطى لشبهة
او بنكاح فاسد الا ان الامة اجمعت على صحة هذا القذف ووجوب
الحد به ولان النسب لا يراد به هاهنا الا نفي النسب بالزنا دون
الشبهة قال واذا كان المقدوف بالزنا حيا فلا خصومة لاحد غير حيا
كان او غائبا وذلك لان الحد يخبر بالشين الذي لحقه به والمطالبة من
حقوقه فلا يقوم غيرهما مقامه الا برضاه قال فان مات قبل ان
يطالب او بعد ما طالب وقد ضرب القاذف بعض الحد بطل الحد

وبطل

وبطل ما بقي منه وان كان الباقي سوطا واحدا وهذا مبني على اصلنا
ان حد القذف لا يورث وقال الشافعي يورث والدليل على ما قلناه
انه حد فلا يورث كحد الزنا ولا من اصلنا انه حق لله تعالى على
ما سنبيهه والله تعالى حي باق فلا تورث حقوقه واذا لم
يورث سقط بموت المطالب ولانه ليس فيه لمعني المال والثبوت
فلا يقوم الوارث فيه مقام الموروث كالوصية والمضاربة
واذا سقط الحد بالموت فكذا ان بقي بعضه لان البعض معتبر
بالكل فكما يسقط الجميع بالموت فكذا لك ما بقي منه **فصل**
قال ولا يجوز الوكالة في حد القذف ولا في شيء من الحدود في استيفائها
عند اصحابنا جميعا وقال الشافعي يجوز الوكالة في استيفاء حد القذف
لنا ان الموكل بالاستيفاء اذا كان غائبا استوفى وكيله الحد مع الشبهة
لجواز ان يكون المقدوف قد صدق القاذف بعد التوكيل او نزل المطالبة
والحدود لا يجوز استيفاءها مع الشبهة ولانه استيفاء الحد مقام
مقام الغير واستيفاء الحدود بمقام مقام الغير لا يجوز كشهادة
الرجال والنساء والشهادة على الشهادة **فصل**
قال ويجوز عند ابي حنيفة ومحمد الخصومة فيه واقامة البينة على
اثبات الحد ولا يضرب الحد حتى يحضر المقدوف وقال ابو يوسف
لا تجوز الوكالة في شيء من ذلك خصومة ولا غيرها وجه قول ابي حنيفة
ومحمد في جواز التوكيل باثبات الحد انه اثبات حق فجاز التوكيل فيه

كاثبات سائر الحقوق ولان الثبوت يمكن استدراكه فجري مجري
الاموال التي يمكن استدراكها فتجوز الوكالة فيها كالاموال وجه
قول ابي يوسف ان الانتساب لما يراد للاستيفاء فاذا لم يجز الاستيفاء
بما قام مقام الغير للشبهة فكذلك لا ثبات **فصل**
واذا ثبت الحد عند الامام وعند من نصب لا قامته لم تجز اسقاطه
على وجه ولا العفو عنه من الوالي ولا من المقذوف كذلك ان
عفا المقذوف قبل ان يرفعه او ابراه من الحد او صالحه على مال
فان ذلك لا يجوز ويرد المال على القاذف والمقذوفان يطالب بالحد
بعد ذلك ويرجع فيه على مال فان ذلك كله لا يجوز ويرد المال على
القاذف والمقذوفان يطالب بالحد بعد ذلك ويرجع فيه وهذا
قول اصحابنا جميعا اما الوالي فلا يجوز له العفو عن الحد لقوله صلى
الله عليه وسلم ما ينبغي لوالي حد اي في حد من حدود الله الا اقامة
ولان الحد اما ان يكون من حقوق الله تعالى على ما يقول فلا يجوز عفو
الامام عنه كما لا يجوز عفو عن حد الزنا وعن الزكوات ان تكون من
حقوق الادميين فلا يجوز اسقاطه كلقصاص واما المقذوف اذا عفا
لم يصح عفو وحكي الطحاوي عن ابن عمر ان عن سنن الوليد عن ابي يوسف
انه قال يسقط بالعفو وهو قول الشافعي وهذا مبني على ان حد القذف
حق لله تعالى وقد قال محمد في كتاب الحدود ان حد القذف من حقوق الناس
وانما اراد بذلك ان المطالبة به من حقوق الناس والدليل على ذلك

انها عقوبة سميت في الشريعة حدا كحد الزنا ولا ان الاحصان مشروط
فيها كحد الزنا ولا انها تنتقص بالرق والحرية كحد الزنا وجه قول ابي
يوسف ان الحد يجب للشين الذي لحق المقذوف كما يجب القصاص
للشين الذي لحق المجرع بالجرع فاذا كان القصاص حقا له يسقط
بعفوه فكذلك حد القذف واذا ثبت انه من حقوق الله تعالى ثبت
انه لا يصح العفو عنه ولا اخذ العوض عنه كسائر الحدود الا
ان المطالبة بهذا الحد الى الادبي فاذا عفى بالحد لا يسقط ولكنه
لا يستوفي لعدم المطالب به فان عاد الى المطالبة استوفى بمطالبة
فصل قالوا اذا ترفع الرجلان الى الحاكم واحداهما
يدعي على صاحبه قذفا فان كان الحاكم يسال المدعى عليه عن القذف
فان اقرانه قذفه قال له الحاكم اقم البينة على صحة قذفي
فان فعل والا اقم عليه الحد فان احضر القاذف شهوده وقد
ضرب بعض الحد سمع بينته ودرى عنه ما بقي من الحد ولم يتطل
شهادته ولم يلزمه اسم الفسق وانما قلنا ان الحاكم يبتدي بمسئلة
المدعى عليه لجواز ان يقرر فليستغني باقراره عن بينة ولان البينة
لا يثبت حكمها الا بانكاره فوجب ان يسال فان انكر اقيمت عليه
البينة واما اذا اقر بالقذف طوبى بالبينة على صحته لان الحد
انما يجب عليه لعجزه عن اقامة البينة فلذلك يساله الحاكم عز اقامة
البينة فاذا عجز عنها حده لقوله تعالى ثم لا ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم

واما اذا ضرب بعد الحد ثم اقام القاذف البينة فانها تسع لاننا لم نحكم
بكذب القاذف الا ترى ان كذبه انما يتقرر بكمال الحد فاما يوجد
سمعت البينة عليه كالا بقتدا او اذا سمعت البينة يسقط ما بقي
من حد القذف كما يسقط الجميع لو ابتداء باقامة البينة قال ولا
تبطل شهادته ولا يلزم اسم الفسق وذلك لان مادون الحد لا يبطل
به الشهادة كالتعزير **فصل** قال فان لم تكن له بينة على القاذف
بانه قذفه فاراد استخلافه بالله ما قذفه فان الحاكم لا يستخلفه
في قول اصحابنا جميعا وقال الشافعي يستخلف لنا انما دعوى حد
ولا يستخلف عليه كحد الزنا ولا زنا يمين يستوفى لغاية النكول
والنكول عند ابي حنيفة اجري مجرى البذل فما لا يصح بدله
لا يستخلف فيه كحد الزنا وعلى قولهما النكول قائم مقام الاقرار
والحد لا يجوز اثباته بمقام مقام الغير كالشهادة على الشهادة قال
فان ترك المقذوف مطالبة القاذف قبل ان يرفعه الى الحاكم يمنعه
ذلك وكان ذلك حسنا وكذلك يحسن من الحاكم اليه ان يقول للمدعي
قبل ان يثبت اعرض عن هذا ودعه وذلك لان هذا الحد يوثق فيه
الشبهة فجاز للحاكم التوصل الى استقاطه كسائر الحدود واما المقذوف
فلان الحد اذا كان من حقوق الله تعالى فقد ندرنا الى الستر فيها وان كان
من حقوق الادميين فقد ندرنا الى العفو كالفصاح قال فان اقر
المقذوف فان القاذف قد صدق عليه في قذفه عند الحاكم او شهد

٢٨١
عليه الشهود انه اقر بذلك قبل ان يرفعه جازت الشهادة ولا حد على
القاذف وذلك لان الحد يجب للشين الذي لحق المقذوف بكذب القاذف
عليه فاذا صدقه المقذوف فقد زال الشين عن فعل القاذف
فسقط الحد **فصل** قال ويجوز في الشهادة على القاذف
شهادة رجلين ولا يجوز عليه شهادة رجل وامرأتين ولا شهادة على
شهادة ولا كتاب قاضي قاض وذلك لما بينا ان شهادة النساء
لا تقبل في الحدود والعصاير وكذلك الشهادة على الشهادة
وكتاب القاضي الى القاضي فان اقام القاذف على المقذوف انه صدقه
في قذفه له رجلا وامرأتين او شاهدين على شهادة شاهدين او اب
في ذلك كتاب قاض جاز ذلك لان اسقاط الحدود ويجوزها ما لا يجوز
في اثباتها الا ترى ان الحدود لا تثبت مع الشبهة وتسقط بالشبهة
فلذلك لم تثبت بالشهادة على الشهادة وبشهادة الرجال والنساء
وان يثبت بذلك ما يوجب اسقاطها **فصل** قال وان ادعى المقذوف
ان له بينة حاضرة في المصر ان هذا قذفه والقاذف ينكر ذلك
وسال المقذوف الحاكم ان ينظر اليه ان يقيمها فان ابا حنيفة قال
اجلس المدعى عليه القذف الى قيام الحاكم من مجلسه فان احضر بينة
والاخلا سبيله ولا يخدمه كفيلا بنفسه وقال ابو يوسف
اخدمه كفيلا بنفسه ولا احبسه روي ذلك بشرعنه وجه
قول ابي حنيفة ان الكفالة للتوقف والقاضي ما مور بدري الحدود

واستقاطها فلا يجوز ان يتوثق منها فاما الحبس الذي ذكره فانما يريد
به ان يلزمه الى ان يقوم القاضي لانه لا يمكن احضار البينة الا بحضور
المدعى عليه وجه قوله اني يوسف ان الدعوى يجوز اخذ الكفالة
فيها الى ان يقوم البينة كدعوى الاموال ولان الحبس اكد من الكفالة
فاذا جاز الحبس فالكفالة اولى واما ان اقام المدعى شاهدا واحدا
عدلا فان ابا حنيفة كان يحبسها فان لم يكن عدلا لم يحبسها ولم
يكفله وقال ابو يوسف لا احبسها في شاهد واحد عدلا كان
او غير عدل ولكن يكفل فاما اذا شهد شاهد عدل وشاهدان
لا يعرف عدالتهم فقد حصل احد سببي الحق اما العدد واما
العدالة فصار احدا السببين في جواز الحبس كالآخر ولانه
اذا اخبر رجل عدلا انه قذف فقد اوجب ذلك تهمة في حاله
والحبس موضوع للتهمة وليس كذلك الكفالة لانهما موضوعا
للتوثق والتوثق في الحدود ولا يجوز وجه قوله اني يوسف ان
الشاهد العدل لا يثبت بشهادته الحق وانما يثبت بقول الاثنين
فاذا شهد من يجوز ان يثبت الحق بشهادته ولم يحكم بها جاز ان
يحبس بالتهمة **فصل** قال ابو يوسف اذا ثبت الحد فلا كفالة
فيه وما كان دعوى لم يثبت ولم يستثن فلا بد من الكفالة والا
صاعت حقوق الناس وذلك لان الحد ما لم يثبت لم يجز الحبس فلا
بد من الكفالة فاذا ثبت الحق جاز الحبس فلم يكن للكفالة معنى وقال

ان رستم

ابن رستم عن محمد لا كفالة في حد ولا قصاص فيقال له الزمه ما بينه وبين
قيام القاضي وهذا قول ابي حنيفة وقال محمد اما انا فالكفالة ثلاثة ايام ما لم
تتم البينة فان قامت البينة فلا كفالة ولكن استحسن حين يسأل عن الشهادة
اما قوله لا كفالة في حد ولا قصاص فان كان يريد نفس ونفس القصاص فلا
خلاف بين اصحابنا في ذلك لان الحد والقصاص لا يري استيفا وهما من الكفيل
فلا تصح الكفالة بهما وانما المراد بذلك لا كفالة في الاحضار للحد والقصاص
فوجهه ما قدمنا عن ابي حنيفة ان الكفالة للتوثق والحدود والقصاص
وكان ابو بكر الرازي يقول معنى قوله اني حنيفة ان الكفالة في الحدود والقصاص
لا تجوز لان القاضي لا يبتدي بالمطالبة بذلك فان بدلها قبلها الحاكم
لان الحضور واجب فيجوز ان يضمه الكفيل الا ان القاضي لا يبتدي بطلب
ذلك حتى لا يتوصل الى التوثق بالكفالة في الحد فاما على اصلها فالتوثق
بالحبس اكثر من التوثق بالكفالة فاذا جاز ان يحبس فلان يوجد منه كفيل
اولي وقد رد ذلك محمد بثلاثة ايام لان حد القذف المطالبة فيه حق لادمي كالدبوت
وقال محمد في رجل ادعى قذفا واقام رجلا عدلا شهد فان ابا حنيفة قال احبسها
اذا ادعى بينة حاضرة في المصر فان اقام شاهدا غير عدل قال واجله مقدار
قيام القاضي قال محمد اذا ادعى بينة حاضرة كلغناه ثلاثة ايام فقد رد ذلك
ابو حنيفة بالمجلس لان الكفالة عندي لا يوجد في حبسه ضرر من غير حق
عليه فلم يتقدر ذلك باكثر من المجلس وعلى قول محمد ان القذف لما كانت المطالبة
فيه حقا لادمي تجري بحري الديون وقال في الاصل اذا حضر شاهدا عدلا وادعى

ان له اخري في المصرفاني احبسه يومين او ثلاثة استحسانا وذلك لان
احد سببي الحق قد حصل فاجب ذلك تهمة في حاله والحبس للتهمة
قال وان ادعي ذلك خارج المصلم احبسه وذلك لان البينة اذا كانت
خارجة المصلم يلزمهم الحضور لقائمة الشهادة فحبس الخصم يودي الى اجاب
الضرر به وقال ابو يوسف ومحمد اخذ منه كفيلا يوما او يومين او ثلاثة وانما
قدرا ذلك بما بين المجلس فان كان بينهما اكثر من ثلاثة ايام اخذ الكفالة وقال
بشر عن ابي يوسف اذا ادعي القاذف ان له شهودا على الزنا فانه يوجل
الى قيام القاضي فان حضر ذلك والاحد وقال ابو يوسف احبسه واستأ
به ولا اعجل وقال في الاصل اذا قال لصر عندي بينه والزنا وهم غيب فاجلني
قال لا يوجهه فان قال هم شهودي في المصرفاجلني حتى اتيتك هم قال يوجهه ما بينه
وبين قيامه فان جابا البينة والا اقام الحد قلت افنكفنه في ذلك وتدعه يطلب
شهوده قال ليس في حد كفالة ولكن تحبسه ويقول له ابعث لي شهودك فان هم
وجه قولاني حنيفة ان الحد قد ثبت عليه بالبينة وفي تاخير اكثر من مجلس
الحاكم تاخير المستحق من غير حجة وفي ذلك ضرر على صاحب الحق فلم تجز
تاخير الواجب بان يجوز ان يكون ويجوز ان لا يكون وليس كذلك التاخير بقدر
مجلس الحاكم لان هذا القدر لا يلحق فيه ضرر الا ترى ان القاضي قد يواخر
هذا القدر حتى يحضر الجلاذ واذ لم يكن فيه ضرر جاز تاخير لا قامة
البينة وجه قولاني يوسف ان يواخر الى المجلس لثاني لان الله تعالى اوجب
حد القذف بشرط العجز عن البينة بالزنا فوجب ان يواخر مقدار ما يمكنه

احضار الشهود في العادة فاما تكفيله فعند ابي حنيفة لا يجوز فلم
يبق الا حبسه ولو صار سبب في احضار الشهود وقال ابن رستم
عن محمد ان لم يجد احدا يبعث به الى الشهود قال لا تذكر لي ذهاب وابعث معه
شرطا يحفظونه ولا ادعه يقر وذلك لانه لا يقدر على احضار
الشهود اذا لم يجد من ينوب عنه الا بنفسه وحفظه بالشرط
كحفظ بالحبس فوجب ان يتركوا معه قال فان لم يجد شهوده ضربته
الحد فان اقام بعد ذلك بينة على ما قال قبلت شهادته واخبرتها
وذلك لان هذه البينة تثبت بها زنا المقذوف فتبين انه قذف
من ليس بمحضر وقذف من ليس بمحضر لا يتعلق به الحد والضرب الذي
ليس بحد لا يمنع قبول الشهادة **فصل** قال واذا قذف الرجل رجلا
فقال يا ابن الزانية وادعي القاذف ازام المقذوف امة او نصرانية
والمقذوف يقول هي حرة مسلمة فالقول قول القاذف الا ان يقيم
المقذوف على ذلك بينة والاصل في هذا ان قدم الام لا يتعلق به الحد
حتى يطالبه الابن حين يثبت موتها واحصائها لانها ما دامت حية فالمطالبة
من حقوقها فلا يجوز للابن ان يقوم مقامها فاذا ثبت وجب ان يثبت احصائها
لان الحد لا يتعلق الا بالقذف الصحيح وقذف من ليس بمحضر لا يصح ولا يجوز ان
يرجع في ذلك الى ظاهر الحرية والاسلام لما بينا ان الظاهر لا يستحق
به حق على الغير فلم يلزمه فمن اقران القاذف بالاحصان او اقامة
البينة على ذلك قال وكذلك لو قال يا زاني فقد ذفه في نفسه ثم قال

القاذف للمقذوف انه عبد وقال المقذوف انا حر فالقول قول القاذف
ايضا وهذا على ما قدمنا ان الحرية في الاحصان لا يثبت بالظاهر وان الناس
احرار الا في اربعة قال ولو قال القاذف انا عبد فحري جدا العبد وقال
المقذوف انت حر فالقول قول القاذف في ذلك لان الحرية ظاهرة فلا
يجوز ان يستحق بها كالحكم وقال معلى عن ابي يوسف اذا قذف رجل امرأته
فان كان القاضي يعرف امه انها حرة مسلمة جلد القاذف والاحبس ^سالمقذوف
المقذوف بالبينة على ذلك لان الحرية قد تثبت بعلم القاضي فهو كمن ثبوتها
بالشهادة ولا يقال ان القاضي لا يقض بعلمه في الحد ودلان الحرية ها هنا
سبب في ثبوت الحد وسبب في الحد يثبت بما يثبت به الحد كاحصان
الذي يثبت بدون العدد الذي يثبت بهم الزنا قال وان زعم ان له بينة
بالغ القاضي في النظر في ذلك ويوجهه اجلا فان لم يات بينة اخرجه
من الحبس واخذ منه كفيلا وليس للقاضي ان يعزره وهذا انما يعني به
اذا لم يثبت احصان الام بعلم القاضي حبس القاضي القاذف لانه قد كلف
العقوبة بقذفه لها حرة كانت او امه فجاز ان يتوثق منه بالحبس فان
لم يقم بينة اخذ منه كفيلا واخرجه لانه لا يجوز تاييد الجنس عليه فلم
يبق الا تكفيله فاما التعزير فلان القاضي اذا عزره صار كالحكم بابطال
الاحصان لان قذف المحصنة يتعلق به الحد ويجوز ان يقيم المقذوف
بينة فلم يجز ان يقتصر على التعزير وقال في الاصل ارايت الرجل اذا قذف
عند القاضي فقال قد قلت له يا زان ولكنه عبد هل يحبس القاضي القا

٨٤
وسيا للمقذوف بالبينة انه حر قال نعم وذلك لما بينا ان القذف يستحق
به العقوبة حرا كان المقذوف او عبدا فجاز ان يحبس لا قامة البينة
وقال عمرو قال محمد في رجل قذف رجلا قال احبسه في الحبس حتى يحكي
بالبينة ان امه حرة مسلمة وامه قال يا بن الفاعلة وهذا على ما قد منا
قال ولا يكون القذف بوطي في غير الفرج قد فاجب به الحد ولكن
يوجب التعزير عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الفرج
الذي من الرجل والمرأة سوا في ايجاب الحد على القاذف وايجاب الحد
على من فعله اما القذف باللوأطه فعند ابي حنيفة لا يتعلق به
الحد لانه قذف بغير الزنا ^{عنده} والقذف بغير الزنا لا يوجب الحد
فاما على قولها فهذا الوطي اجري مجري الزنا في وجوب الحد به فكذلك
القذف به يوجب الحد على القاذف **فصل** قال ابو حنيفة
الوطي في موضع المكروه لا يوجب الحد وانما يوجب التعزير وقال
ابو يوسف ومحمد ان كان محصنا يرمي وان كان بكرا جلد وهو قول
الشافعي وقال في قول اخر يقتل محصنا كان او غير محصن وجه قول
ابي حنيفة ان هذا الفعل ليس بزنا بدلالة العرب خصته باسم
وخصت الفعل الاخر باسم وتفرقهم بين الاسمين يدل على ان
كل واحد منهما لا يسمى باسم الاخر الا ان يدل دليل الاشتراك كسميتهم
بحوان بفرس وسميتهم بحيوان اخر حمار واذ لم يسم باسم الزنا فاجاب
حد الزنا فيه الحاق قبل لم يرد فيه الحد بالقبيل الذي ورد فيه الحد

بغياس او مخبر واحد وذلك لا يجوز ولا ن هذا الفعل لا يتعلق به وجوب مال
 كمال فلا يتعلق به وجوب الحد كالوطي فيما دون الفرج وجه قولها ما روي
 ان الصحابة اختلفوا في ذلك فمنهم من قال بليق من شاهق جبل ومنهم من قال
 بليق عليهم احاطيط ومنهم من قال بحرق بالنار وكان اشد منهم قولاً في ذلك علي بن ابي
 طالب رضي الله عنه ولانه وطى يوجب الاغتسال من غير انزال كالوطي بالفرج
 والجواب اما الخبر فانه ورد فيمن عمل قوم لوط وهذا لا يكون الا في نسلك
 طريقهم في الاستحلال والمستحل من زنى يقتل برده ولهذا امرت الصحابة
 بالمثلته به كما يمثل بالمرتد فاما الغسل من شأنه يجب علي وجه الاحتياط والحد
 يسقط بالاحتياط فلا يدل وجوب الغسل علي وجوب الحد **باب**
من له المطالبة بالحد قال اصحابنا في رجل قذف فمات قبل ان ياخذ
 القاذف بالحد يطل عن القاذف وليس لم يعرو وارث ولا غيره ان يطلب
 به ولا يورث الحد عند اصحابنا ورواه محمد عن جعفر بن محمد عن ابيه قال
 قال علي الحد لا يورث وقد بينا هذه المسئلة وليس هذا كما قالوا قذف بعد
 موته لان الحق يثبت ابتداء الوارث فلا يكون علي طريق الارث وفي مسلتنا
 يثبت الحق للميت فلو طالب به الوارث لكان علي وجه الارث وهذا لا يصح
 قال فان كان المقذوف حياً غايياً فلا مطالبة لاحد ايضا بقذفه حتي يحضر
 وذلك لان يثبت للمقذوف فلا يجوز ان ينتقل الي غيره لان الحد لا يثبت بما
 قام مقام الغير قال فان وكل الغائب وكلا لا يطلب حقه فان كانت الوكالة
 باقامة الشهود والخصومة في ذلك دون ضرب الحد جازت الوكالة فاذا ثبت

مطلب

٢٨٥
 الحد لم يضرب الحد حتي يحضر الغائب فيقام الحد بضربته وهذا قول ابي
 حنيفة وابي يوسف ومحمد ثم رجع عن ذلك ابو يوسف فقال لا يجوز وكالة
 في حد ولا قصاص في اقامة بينة ولا غير ذلك وقد بينا فيما مضى ان الوكالة
 باستيفاء الحد مع غيبة المقذوف لا تجوز في قتلهم والوكالة باثبات
 الحد تجوز عند ابي حنيفة ومحمد ولا تجوز عند ابي يوسف **فصل**
 وقالوا جميعاً اذا قذف الميت فلولده ان ياخذوا محله ولا بنه وابن ابنه
 او بنت ابنه ان ياخذوه بالحد للميت ولا ياخذ بالحد للميت الا والده او ولد
 ولا ياخذ بذلك الاخ ولا عم ولا مربى وقال ابن ابي ليلى ياخذ بالحد الولد والوالد
 والاخ وقال محمد لا ياخذ بالحد الا الوالد والولد ممن يرث ويورث فياخذ
 ابنت ابنه بالحد اذا قذف جدها وهو ميت ولا ياخذ بذلك ابنت الابنة
 والجدة ام الاب اذا قذفت لم يكن لابن ابنها ان ياخذ محدها وكذلك ان قذف
 وهو ميت وهي حية لم ياخذ محله وجملة هذا ان كل من يقع بقذف الميت
 قدح في نسبه لا يطلب بالحد لان الحد عندنا لا يرث وانما يثبت
 للوارث ابتداء بقذف الموروث فمن يقع بالقذف قدح في نسبه يلحقه
 الشين بالقذف فيطلب بالحد ومن لا يقدح القذف في نسبه لا يلحقه
 شين به ومعلوم ان الاخ والعمة لا ينقطع نسبهما بقذف الاخ وابن الاخ
 فلم يجب الحد بالقذف فاما الاباء والابن فان القدح يقع في نسبهم بمنزلة
 المقذوف الا نزي ان الزاني لا يثبت نسب ولده منه ولا يثبت نسب اولاده
 من ابنه فصار قذفه قطعاً للنسب في ابيه وابنايه فوجب لهم المطالبة

بالحد ولدك استوي في المطالبة بالحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف
 ولد الابن وولد البنت لان ولد البنت ينقطع نسبهم من جهة
 الام كما ينقطع نسبهم من جهة الاب فيلحقهم الشين بكل واحد من
 الامر بن واما محمد فقال بان الانتساب انما هو الى الابا فانقطاع
 النسب من قبل الام لا يلحق به الشين اذا ثبت النسب من قبل
 الاب فلم يكن لهم المطالبة ومعني قول محمد اذا كان بمن يرث ويرث
 مع العصبية كالولد الابن فاما اولاد البنت فيرثون عندنا وانما
 لا يرثون مع العصبية **فصل** قال ابو حنيفة وابو يوسف
 ومحمد جميعا يجوز للابعد من الولدان يطالب بحد الميت مع بقا الاقر
 فيكون لابن الابن ان يطالب بحد الميت وان كان الابن حيا لا يطالب وقال
 زفر ليس للابعد حق مع وجود الاقرب وجه قولهم ان القدر بحد الميت
 يقع في نسب كل واحد منهما ويلحق به الشين فجازله المطالبة
 بالحد كما لو قذف في نفسه ولان الحد لا يثبت على وجه الارث عن الميت
 فلو اشتهاه للاقرب فالاقرب لصاري حكم الموروث وهذا لا يصح وجه
 قول زفر ان الشين الذي يلحق القريب ليس مثل الشين الذي يلحق البعيد
 فلم يكن للبعيد المطالبة كما ليس للولد ان يطالب بعدد الاب الحق اذا ترك
 المطالبة بذلك وان كان الشين يلحقهم لان الشين الذي يلحق الاب اعظم **فصل**
 وقال ابو حنيفة وللولد والوالدان كان عبدا او ذميا ان يطالب بالحد
 اذا كان المقدوف حرا مسلما وذلك لان الشين يلحق العبد بانقطاع نسبه

عن أبيه كما يلحق الحر والقذف قذف صحيح فلهذا لا تغلق الحد ولا يقال
 ان العبد لو قذف في نفسه لم يحد قاذفه فكيف يجب الحد للشين
 الذي الحق به القذف غيره لانه اذا قذف في غيره فالقذف قذف
 صحيح لانه قذف محصن والشين اذا حصل بقذف صحيح تغلق به
 الحد واذا قذف في نفسه فالقذف ليس بقذف صحيح لفقد الحصاص
 في المقدوف فلهذا لا يحد الحد قال وكذا اذا كان المطالبة
 بالحد قاتلا للميت من حرم الميراث بقتله لان الحد لا يثبت له على
 طريق الارث حتى يورث فيه القتل وانما يثبت للشين الذي يلحقه
 به وهذا المعنى موجود وهذا الفعل اظهر من قذف والد العبد
 لانه لو قذفه قاتلا هذا حد والعبد لو قذفه في نفسه لم يحد
 فكان المعنى وجود النسب الذي يرث به مع العصبية
 تغلق به الارث او لم يتعلق اذا لم يتعلق به مانع **فصل**
 قال وليس للولد ان يطالب بحد القذف اذا كان القاذف اياه
 او جده وان علا ولا امة ولا جدته وان علت وكذلك ان قذفه
 في نفسه احدهم هو لا وذلك لان الولد ممنوع من الحاق الضرر
 بابيه لقوله تعالى ولا تغلقها ف ولا تنهرها والحاق الضرر باقامة
 الحد اكثر فلم يجز اجاب الحد عليه بقذفه وقد قالوا انه لو قتل لم
 يقتصر منه فاذا قذفه اولى ان لا يحد بقذفه واذا ثبت انه لا يحد
 بقذفه في نفسه بما بينهما من الحرمة فلان لا يطالبه بقذف

غيره اولى **فصل** واذا قذف رجل جماعة بالزنا بكلمة واحدة
او قذف كل واحد منهم بكلام على حدة او في ايام متفرقة فعليه حد
واحد فان حضر المقذوفون جميعا يطالبون بالحد او حضر واحد
منهم فانما على القاذف حد واحد لا يحدهم في ذلك اكثر من حد
واحد خاصوا في ذلك مجتمعوا ومعتزفا كان ذلك لجماعتهم اذا طالبه
احدهم فان حضر بعد ذلك من لم يخاصم في قذفه بطلب الحد لم تحدد
له كرامة اخرى وقال الشافعي ان قذفهم بكلمة واحدة وجب حد
واحد وان فرق القذف فلكل واحد منهم الحد في هذه المسئلة
فرع على ان حد القذف حق لله تعالى والادعى يطالب به لحق الله
تعالى فاذا طالب الواحد قام مقام الجماعة في الاستيفاء ولا نها عقوبة
سميت حدا في الشريعة فاذا اجتمع اسبابها بداحل كحد الزنا
قال فان حد القاذف ثم فرع من حده ثم قذف اخر حد للثاني حدا
اخر وانما يسقط حد القذف اذا ضربه القاذف ما قبله من القذف
ولا يسقط ما بعده وكذلك السرقات وذلك لان الحد يتقرر به
الكذب على القاذف فيسقط موجب القذف في كل واحد من الجماعة
فاذا استأنفت القذف بعد الحد لم يسقط الحد المتقدم موجب
القذف المتاخر كمن زنا فحد ثم زنا قال ولو قذف رجلا فضرب تسعة
وسبعين سوطا ثم قذف اخر ضرب السوط الباقي ولم يكن عليه حد
لثاني اذا بقي من الحد الاول شيء فقد قذف الاخر قبل تمامه ضرب بقية الحد

للاول ولم يحد للثاني في قوله وذلك لان الشين الذي تحقق به الكذب
هو السوط الاخر الا ترى ان ما قبل ذلك لا يبطل الشهادة فصار السوط
الاخر في تحقيق الشين فحد الحد ومعلوم انه لو حد جملة الحد بعد
القذفين يسقط حكمهما فكذلك اذا ضرب السوط الاخر بعد القذفين
باب ما يكون من الوطى شبهة في اسقاط الحد عن القاذف وما لا يكون
قالا صحابنا جميعا اذا زنا رجل فقد قذفه رجل بذلك الزنا او بغيره
او قذفه قذفا مبهما فلا حد على القاذف وروا بشر عن ابي يوسف
عن ابن ابي ليلى وعن ابراهيم ان القاذف يحد الا ان يقذفه بذلك
الزنا بعينه لئلا ان الحد يجب على القاذف الشين الذي يلحقه
بالمقذوف والزاني لا يلحقه شين بالقذف بالزنا فلم يجب على
قاذفه حد ولانه صادف فيما اخر من الزنا اذا اتهم بالزنا الا ترى
انه يحتمل الاخبار عن الزنا المعلوم ويحتمل ان يكون اخر عن غيره فلم
يجب ايجاب الحد على القاذف بالشك **فصل** قال ابو الحسن
واذا كان المقذوف حراما فوطى وطيا حراما او كانت امرأة وطيت
وطيا حراما وليس بزنا فقد قذفها قاذف بالزنا فان هذا على وجهين
اذا كان وطيا حراما في زوجة او مملوكة للوطى فعلى القاذف بالزنا
الحد ولا يكون ذلك الوطى شبهة في اسقاط الحد عن القاذف وذلك
مثل ان يطا جارية له محبوسة او ذات محرم من رضاع او محرم بغير

رضاع مثل ان يكون ابو الواطي قد وطئها قبله بملك اليهين او كان هو واطي
امها او ابنتها او واطي اختين بملك اليهين جمع بينهما فاما في ملكه او جمع
بين واطي ذاتي المحرم منه بملك اليهين او واطي امته وقد تزوجها او واطي
مكاتبته وكذلك الزوجة اذا وطئها وهي حايض او نفسا او حرمة
او صائمة من رمضان او كانت في علة من واطي بشبهة او كان ظاهر منها
فوطئها قبل ان يكفر ثم قذفه قاذف بالزنا فان هذا كله لا يسقط
الحكم عن القاذف وجملة هذا ان الواطي على ضربين واطي في ملك واطي
في غير ملك فالوطي في الملك على وجهين احدهما ان يكون المحرم
عارضاً مثل واطي الحايض والنفساء والامة التي تزوجها او كانت بها
والحرة التي تظاهر منها او وجب عليها العدة فهذا الواطي لا يسقط
الحكم عن القاذف لانه محرم عارض في الملك فصار كوطي زوجته
المريضة التي تستقر بالوطي وكوطي الصائمة وهذه الجملة لا خلاف
فيها بين اصحابنا الا في المكابته قال ابو حنيفة ومحمد اذا وطئ المولي مكاتبته
لم يسقط الحد عن قاذفه وقال زفر لا حد قاذفه وعن ابي يوسف
روايتان وجه قولها انه محرم عارض في الملك كالحايض والاحرام
وجه قول واحد الروايتان عن ابي يوسف انه ملكه زال عن وطئها
بدلالة ان المهر لها عليه فصار كالوطي في غير ملك واما اذا كان
المحرم في الملك موبداً مثل واطي ذوات المحارم وقد ذكر في الاصل
انه يسقط الحد عن القاذف وذكر ابو الحسن انه لا يسقط ووجه قولهم

٤٨٨
الذي في الاصل انه واطي محرم على التابيد فصار كدم الزنا ووجه
ما ذكره ابو الحسن انه واطي في ملك فمقاربة التحريم لا يسقط الاحسان
كوطي امته المزوجة واما اذا كان التحريم يشبه الموبد من وجه ويشبه
العارض من وجه مثل من قبل امراة بشهوة او نظرا الي فرجها بشهوة
ثم زوج بابنتها فوطئها قال ابو حنيفة لا يسقط الحد عن قاذفه وقال
ابو يوسف ومحمد يسقط الحد عن قاذفه وجه قول ابي حنيفة ان هذا
الوطي مختلف في تحريمه في السلف وليس فيه نص يقتضي التحريم ويجوز
ان يرتفع حكم حاكم باباحته فحل محل التحريم العارض ولها ان هذا تحريم
موبد فصار كوطي الابنة والاخت وعلى هذا الخلاف اذا قتل امراة وتزوج
ابنتها وكان ابو بكر الرازي يقول لا خلاف بينهم ان من زنا بامراة ثم تزوج
ابنتها فوطئها ان الحد يسقط عن قاذفه وان كان الخلاف في مسألة الوطي
وفي مسألة القبلة مرجوح الا ان التحريم بالوطي فيه نص بقوله وامهات
نسايتكم وقوله ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء والنكاح الوطي واما القسم
الثاني وهو الوطي في غير ملك فقال ابو الحسن واذا كان الوطي المحرم في غير زنا
ولا مملوكة فلا حد على قاذفه في قول ابي حنيفة وان كان الوطي المحرم لبس زنا
مثل ان يتزوج امراة نكاحاً فاسداً مجمع على فساده وهو يعلم او لا يعلم او يطا
جارية مشتركة او يشتري جارية فيطأها ثم يستحق وهو لا يعلم او لا يعلم
انها غير البايع او يطا بنكاح ثم يعلم ان المرأة ممن لا يحل له نكاحها فيقذفه
قاذف بالزنا فلا حد على قاذفه وجملة هذا القسم ان الوطي في غير ملك

يسقط الحد عن القاذف في قولهم الا في مسلة واحدة وهي المجوسى اذا تزوج بامة
 فدخل بها ثم اسلم فقتله قاذف حد عند ابي حنيفة وقال لا يحد وجه قول
 ابي حنيفة ان هذا وطى بغير عليه فاجري مجري الوطى الحلال فلا يسقط الا حصا
 وجه قولها انه وطى محرم في غير ملك كالزنا فاشبهه عقدا المسلم على ذوات
 محارمه فاما ما سوى هذه المسلة فالحد يسقط عن القاذف لانه وطى وطيا
 حراما في غير ملك وذلك يشبهه بالزنا فاذا قذفه قاذف جاز ان يكون
 اشبهه الامر عليه وهذه الشبهة مستند الى سبب صحيح فاسقط الحد
 عن القاذف ومن هذه الجملة قالوا فيمن تزوج امرأة نكاحا بغير شهود
 ووطيها سقط الحد عن قاذفه لان العقد لم يوجد بجميع شرائطه والخلاف
 فيه غير معتد به عند ابي حنيفة لانه لم يعرفه في الصحابة فصار كالوطى
 المجمع عليه وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادر ان ابا يوسف قال
 احسن ذلك عندي انه اذا تزوج امرأة وهو يعلم ان لها زوجا وامرأة
 يعلم انها في عدة من زوج او امرأة ذات رحم محرم منه وهو يعلم فلا حد
 على قاذفه قال واذا قتل اتي امرأة ذات رحم محرم منه وهو يعلم فلا حد على
 قاذفه واذا اتي سسا من ذلك بغير يعلم فاني احد قاذفه وذكر بعد هذا
 عن ابن رستم عن محمد في رجل اشترى جارية فوطيها ثم استحقها فقد انسان
 المشتري قال قال ابو حنيفة لا حد عليه وهو قول محمد وقال ابو يوسف
 بحد قاذفه وقال ابن سماعة عن محمد في رجل طلق امراته طلاقا باينا وكتما
 ذلك وجعل يطاها ثم علمت فقتلها انسان بالزنا فاني احد قاذفها قال

محمد لانه وجب الصداق وثبت النسب ووجبت العدة ولم ياتم قال وكذلك
 لو اشترى امة فوطيها وهو لا يعلم ثم استبان ان انا اخته فحصل في هذا النوع
 وهو الوطى مع الجهل في قول ابي حنيفة ان الحد يسقط عن القاذف وهي
 رواية بن رستم عن محمد وقال ابو يوسف بحد القاذف وهي رواية ابن
 سماعة وهشام عن محمد وجه قول ابي حنيفة انه وطى محرم بالاجماع في غير
 ملك فالجهل لا يمنع من سقوط الا حصان كمن زنا بامرأة يظنها امراته
 او زنا وهو لا يعلم ان الزنا حرام وجه قول ابي حنيفة يوسف واخري
 الروايتين عن محمد انه وطى يتعلق به الاحكام ولا ما ثم فيه فحل محل الوطى
 المباح وقال بشر عن ابي يوسف قال ابو حنيفة اذا وطى الرجل امرأة
 وطيا حلالا ثم وطى امها او ابنتها يعني بنكاح فلا حد على قاذفه وذلك لان
 هذا وطى محرم في غير ملك مجمع على تحريمه وقال ابن سماعة في نوادر ان قبل امرأة بشهوة اولها
 بشهوة ثم وطى امها او ابنتها يعني بنكاح ثم قذفه رجل فعليه الحد وذكر
 ان هذا مخالف للاول وقال محمد في الاصل في رجل تزوج امة وحق في عدة
 واحدة فوطيها فعلى قاذفه الحد وقال ابن سماعة في نوادر عن ابي يوسف
 عن ابي حنيفة ولو تزوج امه على حرة فوطيها فاني احد قاذفه وذلك
 لان هذا الوطى يختلف فيه في السلف وقد وجد العقد بجميع شرائطه
 فصار كالنكاح العارض فلم يسقط الا حصان قال ولو وطى رجل جارية
 اسه فاحبلها او لم تحبل فاني لا احد قاذفه قال ابن سماعة ولم يرووطى
 الرجل جارية اسه عن ابي حنيفة وذلك لان هذا وطى محرم في غير ملك متفق

علي تحريمه كالزنا واما اذا وطئ اختين بملك بمن فان قاذفه محد لان هذا الوطي
مختلف فيه في الصحابة وقد دل علي باحته قوله تعالى الاما ملكت ايما نكم
فجرى مجرى التحريم العارض فلا يسقط الحد عن القاذف **باب**
الرجل ينفي الرجل عن ابيه قال ابن سماعة عن ابي يوسف
في نوادره في الاملا سمعت ابا يوسف قال في رجل قال لرجل لست لابيك
فان هذا قاذف محد ولا يكون هذا علي وجه من الوجوه عن قذف في رضا
ولا غضب وذلك لان هذا لا يذكر الا علي وجه نفي النسب وقد قدمنا
ان نفي النسب علي وجه السبب انما يراد به قذف الام بالزنا قال ولو
قال ليس هذا اباك فان قاله في رضا او علي وجه الاستغهام فليس بقاذف
ولا حد عليه وان قاله في غضب او علي وجه التغير فهو قذف والحد له
لازم وذلك لان هذا اللفظ يذكر علي وجه المدح كما تقول العرب فلان
ابن ما السما وابن من بعاء علي وجه المدح له ولا ن اخلاقه سته اخلاق
هذا المدح وقد يذكر علي وجه الدم ونفي النسب فاذا كان في حال
الرضا فالظاهر منه المدح فحمل عليه وان كان في حال الغضب فالظاهر
منه الدم فحمل عليه وقال ابن سماعة في مسيلة اخري سمعت ابا يوسف
قال في رجل قال لرجل لست لابيوك فليس هذا بقاذف واذا قال لست
لابيك فقد قذف امه وذلك لان نفي عن ابيه بمنع من القذف
بالزنا لانه يقول لم تلدك امك والزانية التي ولدت من الزنا فاما
فلم يكره قذفه التي لم تلد الولد فلا ترى مقدره به واما اذا قال لست لابيوك فلم ينفى الولاده

ونسبه انما ينفي عن ابيه اذا زنت امه فكانه قاذفا قال ابن سماعة
وقال ابو يوسف هذا الموضع واذا قال هذا علي وجه الاستغهام او علي وجه
الغضب علي الانسان فليس بقاذف وذلك لان هذا اللفظ فيه احتمال فاذا
قاله علي وجه الاستغهام لم يقطع الزنا وقال ابن سماعة عن ابي يوسف
لو قال يا ابن الزانية وكنت امه الدنيا مسئلة فعليه الحد ولا يبالى
بمسئلة كانت الحرقة ام لا وان كانت لجرعة مسئلة والام الدنيا كفر فلاحد عليه
وذلك لان الاضافة الي الولادة انما تتناول الاقرب فالاقرب الاتري ان حقيقة
الوالد تتناول الام والجد انما سمي بذلك علي وجه المجاز فوجب اعتبار صلة
الام فان كانت محصنة حد قاذفها والام محد قال وكذلك قوله يا ابن مائة زانية
لان هذا اللفظ انما يراد به في العادة ان امه زنت مائة مرة وليس المراد
به ان في امهاته هذا العدد من الزيادة ومن قذف امرأة بتكرار الزنا
حد وقال معلي عن ابي يوسف فيمن قال لرجل انت ابن فلان لرجل اجنبي
وذلك في صحة فهو قاذف للرجل الاجنبي ولا م الرجل الذي سابه يغرب
لها جميعا حدا واحدا وذلك لان الانسان لا ينسب الي ابيه في حال الغضب
الا ويراد به السب والسب بالنسب انما يكون بزنا الام بفلان وذلك
قذف لها وقال هشام عن محمد في رجل قال لرجل يا ابن فلان نسبه الي غير
ابيه فاخبرني ان ابا حنيفة كان يقول ان كان في غضب فعليه الحد وان كان
في غير غضب فلا حد عليه انما هذا غلط وذلك لان العادة ان الانسان يقول
انت بن فلان علي طريق المدح بمعنى تشابه اخلاقهما وقد جرت عادة العرب

بذلك على ما قدمنا وقد يذكر على طريق السب فوق على دليل الحال
وقال ابن سمانة قال ابو يوسف اذا قال رجل لرجل لست لا بيلك
ولست لامك فليس عليه حد لان هذا كلام موصول وهذا على ما
قدمنا انه نفي ولادة امه له وهذا يمنع من قذفها بالزنا وقال ابو
حنيفة اذا قال لرجل لرجل انت ابن فلان لعمه او خاله او لزوج
امه قال لا حد عليه وذلك لان الم يسمى ابا قال الله تعالى المله والاه
ابايك ابراهيم واسماعيل واسحاق فسمي الم باسم الاب وكذلك
الحال لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الخالة والدة وهذا يقتضي كون
الحال واحدا وكذلك زوج الام يسمى ابا قيل في التفسير في قوله تعالى
قال رب ان ابني من اهلي انه كان ابن امراته واجاز رسول الله صلى الله
عليه وسلم ابا رافع ولم يجز سمة فقال زوج امه اجزت ابا رافع ولم
يجز ابني واذا كان هذا ينسب اليه في العادة لم يكن قذفا وانما يحمل على المعتاد
ولو قال لست بابن فلان لم يكن عليه حد وذلك ان الحد ليس باب في
الحقيقة فاذا انقاه عنه وقد صدقه في نفيه وقال ابن رستم عن محمد
في رجل له جد جاهلي فقال له رجل ليس بابن فلان وفلان جدك لجد ابيه
بجاهلي انه لا حد في مثل هذا ولذلك رجل مسلم له اب كافرا وجد كافرا فقتل
لابن المسلم ليس فلان ابنيك جدي المسلم فقال له المسلم انك سبيتني
حتى ازلت نسب ابني انه لا حد عليه فيه ايضا وذلك لان هذا قذف
لامرأة كافرة فلم يكن قذفا صحيحا فلم يجز للمسلم المطالبة بالحد فيه وقال

ابن رستم عن محمد قال ابو حنيفة في رجل قال لرجل عربي يا بني اني لا تحدد
عليه ولو كان في هذا حد كان اذا قال للمروي يا فارسي حد وذلك لان
هذا يذكر ولا يراد به النسب وانما يراد به الطباع والاخلاق فيقال
للعربي انت بنطي بمعنى انك تشبه النبط في اخلاقهم فلم يكن ذلك
قذفا وقال رجل قال لرجل يا ابن الاقطع او يا ابن الاعور او يا ابن الاسود
ونحو هذا وليس في ابيه اقطع ولا اسود ولا اعور انه لا حد عليه
لان هذا لا يراد به ان امه زنت برجل على هذه الصفة وانما المراد
به ان اياه موصوف بهذه الصفة وقد يذكر هذا في الصحيح على
طريق الذم والسب كما يقال للضرير يا اعمى وقال بشر عن ابي يوسف فمن
قال لرجل لست لادم ولست لرجل او لست لاسنان او لست لاحد
قال لا يكون قاذفا لان القذف هو ان يصف امه بوطي الاذي لها
فاذا نفي لم يكن وطيبها انسان لم يكن قاذفا وقوله لست لادم كذب
فلا يثبت به القذف قال ولو قال لست لابيك او للابا او لم يلدك
ابوك فان هذا كله قذى وكذلك لو قال لست لرسك وذلك لان
نفي النسب نحو الاب انما يكون بزنا الام **باب**
مشابه القذف قال في رجل قال لرجل يا زانية قال
لا حد عليه في قولي ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وقال
محمد حد حد القاذف وروي عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول
اصح وجه قولها ان الها انما ثبت في صفة المذكر للمبالغة في العلم

بالشي تقول العرب فلان نسابة وعلامة فكانه قال انت عالم بالزنا او اعلم
الناس بالزنا وهذا ليس بقذف وجه قول محمد بن ابي القزف وزاده
عليه زيادة لا يحتاج اليها بعلق الحكم بلفظ القذف ويسقط الزيادة
ولانه لو قال لامرأته يا زان كان قذفا وان وصفها بصفة المذكر
فكذلك اذا قال لرجل يا زانية فوصفة بصفة المؤنث قال وان
قال للمرأة يا زان فعليه الحد في قولهم جميعا وذلك لان الاصل
في الكلام التذكير والتانيث داخل عليه للفصل فاذا اسقط
علامة التانيث فقد اتا باصل الكلام فكان قاذفا قال وان قال
يا ابن الزان او يا ابن الزانية حد وذلك لانه قذف اباه وقذف امه
فاذا كانا محصنين مسلمين فله المطالبة بحدهما وان قال يا ابن
الزنا قال حد في ذلك كله وذلك لان الزنا فعل ولا ينسب الانسان
اليه وانما معناه انه مولود من الزنا او انه ابن فاعل الزنا
وهذا قذف وقال في رجل قال لرجل يا مفتوح قال يعزر وذلك لان
هذا وصف هذا الفعل وليس فرق بين الوطي وغيره فلم يكن قاذفا
علي قول ابي يوسف ومحمد حتى يصف الفعل بالسبيل وعلى قول
ابي حنيفة لا يكون قاذفا به حال وعليه التعزير لانه قد فقه بامر
الحق به الشين وليس عليه حد مغلوم وقال في رجل قال لآخر
يا ابن الفجأة قال يعزر وذلك لان الفجأة قد تكون المعترضة
بالزنا وان لم تفعل فلم يكن هذا صريح قذف وقال فيمن قال لامرأته

٢٩٢
يا خبيثة فلان قال ليس عليه حد لان الحلة تقتضي فلم يكن هذا صريح
قذف وقد يكون ذلك مع الوطي وقد يكون مع غيره وقد يكون ذلك مع
التعرض للزنا وان لم يفعل وقال في رجل قال لآخر حدك زان انه لا حد
عليه لان الاسم المحد يتناول الاملا والادفا على طريق الحقيقة وفي الجملة
الا حد اذا كفر فاذ لم يتميز الحد المقذوف لم يكن قاذفا وقال فيمن قال يا ابن الف زانية
انه حد وذلك لانه قد قذف الام ومن فوقها من الامهات وقذف الام يكتفي
في اجاب الحد وقال هشام سالت محمدا عن رجل قال لقوم مجتمعين ليس فيكم
الا زان الا واحدا وقال كلكم زان الا واحدا وقال لرجلين احدا كما زان فقبل له
هذا احدهما فقال لا قال لا احده للآخر وذلك انه قذف لمجهول والمقذوف
المجهول لا يثبت له حق المطالبة فسقط الحد واما اذا قال احدا كما قال القذف
لم يصح لانه غير مغنى فاذا نفي القذف عن احدهما فلم يحد بقذف الآخر فلم يتعلق
بقذف المبتدأ حكم لم يتعلق به حد عند وجوده وسمعت محمدا قال في رجل
قال لآخر اخوك زان فقال الاخر لا بل انت قال حد القاذف الاخر لان قوله
لا للنفي وبلا للاثبات وهذا اكد ما يكون من الاثبات ولهذا يستعمل في
لفظ الشهادة بالتوحيد واذا ثبت القذف حد فاما القاذف الاول
فانما يقذف اخاه وقذف الاخ لا يثبت به المطالبة لانه فان حضر
الاخ وطالب وليس للمسبوب اخ الا هو يثبت له الحد وقال اصحابنا
لو ان رجلا قال لآخر يا زان فقال له اخر صدقت فعلى القاذف الحد وليس
على الذي صدقه حد لان المصدق محتمل ان يكون صدقه في القذف ومحتمل النصد بق

في غير فلم يثبت الحد بالشك وان قال صدقت هو كما قلت فهو قاذف لانه
لا احتمالي في هذا التصديق الا القذف فحل عليه **فصل**
قال واذا شهد رجلان على رجل بالقذف فقال احدهما قذفه هاهنا وقال
اخر قذفه بالرفقة قال اما في قولاي حنيفة فلاحد عليه وقال ابو يوسف
ومحمد عليه الحد لذلك اذا قال احدهما يوم الجمعة وقال الاخر يوم الخميس
فهو على هذا الخلاف وهذه المسئلة على قلب هذا الخلاف عنداي حنيفة يجب
الحد وعندهما لا يجب وهو خلاف في الاصل لا تشتهبه وانما وقع السهو من
الناقل في النسخ وجه قولاي حنيفة ان القذف طريقة طريق الاقوال والاقوال
تعاد وتكثر باختلاف الايام لا يورث كالاختلاف في الاقرار وجه قولهما
ان كل واحد منهما شهد بقذفه عن القذف الاخر وكل واحد من القذف لا يجوز
اثباته الا بشاهدين وليس هذا كالاقرار لان السبه لا يورث فيه والحد
يورث فيه السبه فجازان يورث فيه الاختلاف قال ولو شهد احدهما انه
قال له يا زان يوم الخميس وشهد الاخر انه اقرانه قال له يوم الخميس يا زان
لم يحد في قولهم وذلك لان احدهما شهد بالقذف والاخر بالقرار به وكل
واحد من الامرين لا يصح اثباته الا ان هذين وقال ابن رستم عن محمد
في رجل شهد عليه شهود فقالوا راينا يبرني فيما دون الفرج قال لا تحد
ولا يحدون وذلك لانهم ذكروا الزنا وفسروا بما ليس بزنا موصولا بالكلام
فاستقط ذلك الظاهر وصار كما لو اقالوا زنا بجميمة او زنا بحدار
ولو قالوا راينا يبرني فانهم يضربوا الحد لان اطلاق الزنا يتناول الوطى

٢٩٢
في الفرج والكلام محمول على اطلاقه الا ان سن المتكلم غير ذلك قال ولو قال
لامرأة يا زانية فقالت زنييت بك حدث المرأة ولم يحد الرجل وذلك
لانها صدقته في القذف القذف حين قالت زنييت وقذفته بقولها
زنييت بك فسقط حكم قذفه وبقي حكم قذفها ولو قال يا زانية فقالت
لا بل انت الزاني حد اجمع لان كل منهما قذف الاخر ولم يوجد من المقذوف
تصديق ولو قال يا زانية فقالت زنييت معك فلاحد على واحد
منهما لان قولها زنييت تصديق في القذف وقولها زنييت معك
يحتمل ان يكون وانت حاضر او شاهد فلم يكن ذلك قذفا مع الاحتمال
قال ولو قال لها انت زانية فقالت انت ازنا مني قال يحد الرجل
لانه قاذف وليست هي بقاذفة من قبل ان رجلا قال لرجل
انت ازنا مني وانت ازنا الناس لم يكن عليه حد لانه ليس بقاذف
وذلك لان قولها انت ازنا مني وازنا الناس يكتمل ان يراد به انت
اعلم الناس بالزنا لان لفظ افعل يستعمل في الفعل والعلم ولم يذكر
ابو الحسن في هذه المسئلة خلافا وذكرها غيره على الخلاف فقال
ابو حنيفة وزفر والحسن اذا قال انت ازنا الناس او ازنا من الزنا
او انت ازنا من فلان الزاني فانه قاذف ويضرب الحد ولو قال
ازنا مني او ازنا من فلان لم يحد وذلك لانه اذا قال انت ازنا
من الزاني فقد اضاف لفظة افعل اليه من وجد منه الفعل فالظاهر
ان المراد بها المبالغة في الفعل وكذلك اذا قال ازنا الزناة فاذا قال

انت اذنا الناس فقد علمنا ان في الناس زناة فقد اضاف لفظة افعل الى
من وجد منه الزنا واذا قال اذنا مني اذنا من فلان فقد اضاف للفظ
الي من لم يعلم منه فعل الزنا فاحتمل ان يكون المراد بها العلم فلم يحد وقال
ابن رستم عن محمد في رجل قال لرجل يا ما مركدي وكدي من امه فذكر
المخسر قال يعزرو ولا حد عليه وذلك لان هذا سب والسب بغير
الزنا اذا الحق به الشين وجب به التعزير وقال ابن رستم عن محمد
عن ابي حنيفة في رجلين استبافا فقال احدهما ما اتي بزان ولا ابي
بزانية قال لا حد في هذا وهو قول محمد وذلك لان هذا رجل مدح
اباه ومدح امه ومدح الانسان لنفسه اولاديه اولامه
لا يتعلق به وجوب الحد وقد قال مالك ان هذا قذف لانه في المشاة
ما عني عن مدح ابيه وانما يكن هذا عكس الصفة في ابي المخاطب
فصار قاذفا وهذا ليس بصحيح لان اكثر الاحوال ان يكون قذفا بكناية
والقذف قايم مقام الصريح والحد ودلالتج اثباتها بما قام مقام
الغير وقال محمد قال ابو حنيفة في رجل قال من قال اني قلت كذا
وكذا فهو ابن الزانية فقال رجل انا قلت له فلا حد علي المبتدي علم
ان ذلك الرجل قال لا ولم يعلم وكذلك لو قال من يقول كذا وكذا فهو
ابن الزانية فقال رجل انا اقول له لم يكن عليه ايضا حد لان هذا قذف
بغير معبر وقذف متعلق بشرط والقذف لا يجوز تقليقه بالشرط
الا ترى ان الانسان لا يكون زانيا ان قال قولا فلم يصح اضافة الزنا الي

قوله واذا لم يصح الاضافة لم يلحق المقذوفة الشين وقال هشام
سمعت ابا يوسف قال في رجل قذف رجلا فقال يا لوطي انه اذا افصح
بذلك حددته قال هشام والافصاح ان يقول انت تفعل عمل قوم
لوط وقال في الاصل في الرجل يقول للرجل يا لوطي قال لا حد عليه فان
قال له انت تفعل عمل قوم لوط وسما ذلك ولم يكن عينه قال يحد في
قول ابي يوسف ومحمد ويعزري في قول ابي حنيفة ولا حد وهذا
فرع على اختلافهم في حكم هذا الفعل فعند ابي حنيفة انه ليس
بزنا والقذف بغير الزنا لا يوجب الحد وعندهما انه زنا قاذف
به يتعلق به الحد الا انها لا يوجبان ذلك الا بصريح القذف وقوله
يا لوطي يحتمل الفعل ويحتمل النسبة فلا يحتمل على الفعل بالشك
وقال هشام عن محمد في رجل قال لرجل يا اخا الفاعلة يعني الزانية
او ياعم الزانية قال ليس علي قائل هذا حد لان هذا تعبير وليس
بشتم وذلك لان الاخ لا يجوز له المطالبة بقذف اخته وكذلك
العم لما قدمنا ان القذف في نسبه الا يع بقذفهما ولا بزناهما
قال هشام الا ان معني قول محمد حي يحي لاخت نفسها فيطالب
وذلك لانه قاذف لاخته فان لم يكن له الا اخت واحدة فالقذف
لمعين فلها ان تطالب بذلك وقال هشام عن محمد في رجل قال
لرجل انت تزني قال لا حد عليه لان حروف المضارعة اذا دخلت
على الفعل خلص للمستقبل والاخبار عن الفعل في المستقبل

ليس بقذف فان قال انت تزني واضرب انا فلا حد عليه لان هذا انما
يقال على طريق الاستفهام والتعريض اى كيف يجوز ان يعاقب عن
الفاعل ولا يقصد بذلك القذف وقال هشام سمعت ابا يوسف
قال في رجل قال لآخر يا بن الدعية قال لا تجلد لان الدعية المسبية
في العرب ولا نسب لها فيهم وهذا لا يوجب اليها قال هشام سمعت
محمد اقال اذا قال الرجل لآخر يا زان فادخل فيه الهزء وقال عنيبت ان
يصعد على شيء قال عليه الحد ونبهته باطله وذلك لان العامة لا تفصل
بين ادخال الهزء واستقاطه بل يلبس المهور وبهمز الملبين فاذا لم يفصل
كان الظاهر من قوله القذف فان قال زنا في الجبل ثم عنيبت الصعود
فيه فعليه الحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا حد
عليه وجه قولهما ما ذكرنا ان العامة لا تفصل بين ادخال الهزء
واستقاطه فصار هذا لغة لهم والقاذف بخير لغة العرب
محمد الحد فان قيل فما يقولون في العربي الذي يفصل بين الامرين
اذا قال هذا قلنا لا رواية فيه فمن اصحابنا من قال لا حد عليه
لان العامة لما اعتادوا استعمال هذه اللفظة في القذف صار
العربي كالقاذف لغة غير وجه قوله محمدان الزنا بالهمز هي الصعود
فاذا ذكر معه الجبل فقد زال الاحتمال وصار الظاهر ما قاله وليس
كذلك اذا لم يذكر الجبل لانه لا ظاهر يدل على الصعود الا بالهمز
وهو من مشتبهه عند العامة فلم اعتد به قال وان قال زنا

على الجبل فعليه الحد في قولهم وذلك لانه لا يقال صعدت على الجبل
ولجبل موضع يصح عليه الزنا فهو كما قال زنا على السطح او على
الفراش وقال يشرع عن ابي يوسف في رجل قال لامرأته ما رايت
زانية خيرا منك او قال لرجل ما رايت قط زانية خيرا منك قال
قال ابو حنيفة لا حد عليه وهو قول ابي يوسف لانه جعل المخاطب
خيرا من الزنا وهذا لا يقتضي المشاركة في الزنا وانما يقتضي صفة
التفصيل خاصة وقال في رجل قال لامرأته زنا بك زوجك قبل ان
يتزوجك قال هو قاذف وذلك لان الزنا يصح منها قبل النكاح فقد
قدفها بزنا سها به فوجب عليه الحد قال ولو قال زنا فخذك او ظرك
او يدك فليس عليه حد وذلك لان الزنا بغير الفرج انما يكون بالفعل
الداعي الى الزنا كما قال النبي صلى الله عليه وسلم العيان يزنيان
والفعل الداعي الى الزنا ليس بقذف وان زنا بك باصبعه لم يكن
عليه حد لانه فسر الزنا بفعل ليس بزنا بكلام متصل فخرج من
ان يكون قاذفا **باب آخر مما لا يكون**
قذفا واذا قال رجل لامرأة تزني وانت مستكرهة او انت
معتوهة او نائمة او مجنونة او اضاف اليها وطيا لا يجب به عليها
حد او فعله او قال وطيك فلان وطيا حراما او جامعك حراما او فجر
بك فلان او قال لرجل فحرت بفلاته او فعلت بفلاته فسمها فحشا لا يكتفي
عنه او جامعها حراما او وطئها حراما او باصبعها فلا حد في هذا وذلك

لانه قد فها بالزنا وفسره عما ليس بزنا لان الصغيرة والمجنونة
والمستكرهة لا يوصف فعلهن بالزنا واذا فسر الكلام تفسيراً
متصلاً حمل القذف على تفسيره واما اذا قال لها وطيت وطيتاً
حراماً فالوطي الحرام قد يكون الزنا وغير الزنا فلا يثبت القذف بالشك
وكذلك الفجور اسم للزنا واسم للوطي المحرم فاما اذا قال وطها فلان
او فعل بها فلان وذكر الفحش فقد يكون هذا الفعل حلالاً وقد يكون
حراماً فلم يثبت به القذف **فصل** قال واذا قال لامه
اعتنقت او كافرة اسلمت في حال الحرية او حال الكفر الاسلام زنت
وانت امة او كافرة فعليه الحد لانه قاذف يوم تكلف بزناها قبل
ذلك فيجد وجلة هذا ان المعتبر عندنا في القذف حال ظهوره دون
حال الاصلانه وقال الشافعي المعتبر بحال الاضافة والدليل على ما
قلناه ان الحد يعتبر فيها حال ظهور اسبابها الدليل عليه سائر الحدود
ولان المعتبر لو كان حال الاضافة لوجب اذا قال ابن عشرين سنة
لان خمسين سنة زنت منذ ثلاثين سنة لا يجب عليه الحد لانه قاذف
قبل ان يخلق فلما وجب عليه الحد دل على ان المعتبر حال القذف دون
حال الظهور ولانه الحق الشين بمقذوف محصن فوجب عليه الحد كما
لو قذفه زناً في حال الاسلام قال ولو قال لمرثقة زنت قبل ان ترتدي
فلا حد عليه وهذا على ما قدمنا ان المعتبر حال القذف دون حال
الاضافة وهي في الحال غير محصن قال واذا قذف الرجل الرجل بغير

لسان العربية اي لسان كان فهو قذف صحيح لان الشين يلحق بالمقذوف
بغير اللغات والحد يجب للشين واذا قال يا اكل الربا يا شارب
الخمر فعليه التعزير لانه وما به بما يلحق به الشين وليس عليه حد
مقدر ولو قال يا حمار او يا ابن حمار او يا نور او يا خنزير لم يعزر لانه
كاذب في قوله ولا يلحق بالمنسوب سيما بذلك ولو قال رجل لرجل
معت بابتين الاخر كذبي وكذبي لا يكتفي عن التحش غير انه لا يقول زنت بها فلاحد
عليه وكذلك لو قال ايا فاعمل بامه لان هذا الفعل قد يكون على وجه الزنا
وقد يكون بنكاح وقد يكون بشبهة ولو قال رجل لرجل اذهب فقل لفلان
يا زان او يا ابن الزانية فلاحد على المرسل لانه امر بالقذف ولم يقذف والا
بسبب الحد لانه امر بالقذف فاما الرسول فان قذفه قذفاً مطلقاً
حد وان قال لفلان فلانا ارسلني اليك فلاحد عليه لانه حاك للقذف
عن غيره ولو قال رجل لرجل قد اخبرت بانك زان او اشهدني فلان
انك زان فلاحد عليه لانه حكي القذف عن غيره ولو قال رجل لرجل
قد اخبرت بانك زان وشهد على شهادة غيره ولو قال رجل لرجل اشهد انك
زان فقال اخر وانا اشهد فعلى الاول الحد ولا حد على الثاني لانه محتمل ان
يقول انا اشهد بزناك او اشهد شهادة الحق فلا يثبت القذف بالاحتمال
واذا قال قد زنا فرجك فعليه الحد لانه اضاف الزنا الى العضو الذي
يقع به الزنا فكانه قال زنت بفرجك واذا قال زنت وفلان معك
فهو قاذف لها فان قال عنت وفلان معك شاهد ثم انظر الى قوله

هذا وعليه الحد وذلك لأنه عطف فلانا على الضمير في قوله زيت فاقضي
اشتراكمما في الفعل واذا قال الرجل لامرأة زيت بيعير او بتورا او
نحمار او بغرس او ببرد ون فليس عليه حد وذلك لأنه اذا اضاف
الزنا الى من لا يكون منه الوطي فكانه قال وطبك حمارا او فرسا فلا
يكون ذلك قدفا وان قال لها زيت بناقة او ببقرة او بشاة او
بدابة او بشي من سائر الامتعة فهو قاذف لها وذلك لان الانثى
لا يكون منها فعل الزنا بالانثى فكان ذلك عوضا فكانه قال لها زيت
بعوض هو حمار او بقرة قال واذا قال ذلك لرجل فلاحد عليه في جميع
ذلك الا ان يقول زيت بامة وقد قال اصحابنا ان هذا على التقصيل
فان قال له زيت بانثى كالبقرة والشاة فليس بقاذف لأنه يصح
ان يطا هذا الحيوان وهذا ليس زنا الا في الجارية خاصة واما اذا
قال زيت بذكر مثل الحمار والفرس لم يكن حمل ذلك على الوطي فحمل على
العوض والجمل فكانه قال زيت بعوض هو حمار قال واذا قال
رجل لرجل يا يهودي او يا نصراي او يا مجوسي او يا ابن اليهودي او
يا ابن المجوسي فلاحد عليه ويعزر وكذلك ان قال يا فاسقا او يا فاجر
او يا ابن الفاسق او يا ابن الفاجر وذلك لان هذا رمي بما يلحق به الشين
وليس بزنا فلا يكون به قاذفا الا ان رماه بما لم يذكر ليس عليه
حد في الشريعة فيعذر **باب في التعزير**
قال ابو الحسن قال ابو حنيفة وزفر ومحمد لا يبلغ في التعزير اربعين

سوطا في حر ولا عبد وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة في حر ولا امرأة
ولا عبد قال ابو يوسف وكان ابن ابي ليلى يضرب في التعزير خمسة
وسبعين سوطا ولا احفظ عنه تعزير العبد شيئا وقال
الحسن بن زياد التعزير ما بين ثلثة اسواط الى خمسة وسبعين
على قدر ما يرى القاضي وعلى قدر ما جئنا الذي يعزر قال وتعزير
العبد ما بين ثلثة اسواط الى خمسة وثلثين سوطا على قدر ما
يرى القاضي ولا يبلغ تعزير حر حد حر ولا تعزير عبد حد عبد
وحكى الحسن بن ابن ابي ليلى يبلغ بتعزير خمسة وسبعين سوطا
وبتعزير العبد خمسة وثلثين اما الكلام في اقل التعزير فوجه ما
ذكره الحسن ان المقصود به الزجر وما دون ثلث جلدات لا يقع
به الزجر واما اكثر فلا يزداد على تسعة وثلثين عند ابي حنيفة ومحمد
لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من بلغ حدا في غير حد فهو من
المعتدين وروي انه قال لا تجلد اكثر من عشر جلدات الا في حد
من حدود الله ولان الاربعين حد في العبد بنفسها فلا يستوي
في التعزير كالقتل والقطع وجه قول ابي يوسف ما روي عن علي
انه قال في التعزير خمسة وسبعين فاعتبر اعلى الحدود ونقص
منها خمسة فاقلده في النقصان فاعتبر اذ في حد الحر فنجب خمس
وسبعين وعلى هذا قال في العبد خمس وثلثين لان اكثر حد العبد
اربعون فنقص منها خمسة وقد روي عن ابي يوسف انه قال

يقرب كل نوع شي من نوعه فيقرب الوطي فيما دون الفرج من حد الزنا
والقذف مما سوى الزنا من القذف بالزنا وضرب المحرم الذي ليس بخمر من
حد الخمر حتى يلحق كل نوع من المعاصي بنظيره وقالوا جميعا لا يعزري المسجد
لان المعني المانع من اقامة الحدود في المساجد انه لا يوم من ان يفصل من
الحدود نجاسة وهذا المعني موجود في التعزير وقال ابن رستم عز محمد
بوخذ في التعزير الكفيل ولا يحبس له حتى يسأل عن شهوده وتقبل
فيه الشهادة على الشهادة وشهادة السامع الرجال وذلك لان
التعزير حق لادبي لا يسقط بالشبهة فيؤخذ فيه الكفيل كالديون ولهذا
تقبل فيه شهادة النساء والرجال كما تقبل في الديون ويصح العفو عنه
لقوله صلى الله عليه وسلم تجافوا عن عقوبة ذوي المروات وقال اقبلوا
ذوي الهيات عثراتهم ولانه حق لادبي فيجوز عفو عنه كما يجوز عفو
عن ساير حقوقه وذكر علي بن الجعد عن ابي يوسف انه قال للامام ان
يعزرها بينه وبين المائة وهذا يجوز ان يكون تقليد لعلي في تجوز التعزير
بخمس وتسعين وقال الحسن عن ابي حنيفة لو ان رجلا قال لا خريا فاسق
او يالصر وهو رجل من اهل الصلاح لا يعرف بفسق ولا بلصوصية
عزرا القابل وان كان يري بالفسق او اللصوصية لم يكن علي الذي قال
ذلك شي لانه اذا لم يري الحق به الشين وذلك امر منكر ليس عليه حد
في الشرع واذا كان برن لم يلحقه الشين بالرمي فلم يعزرقا فان قال قائل
لرجل يابن الخبيثة او يابن الفاسقة او قال يا ماص بطن امه وامه ميتة

عزرو ولا يبلغ بضرب القابل الحد لانه رمي بما دون الزنا فالحق الشين
بالرمي وقال الحسن في نسق روايته عن ابي حنيفة لا يقبل في التعزير
شهادة الساقا وفيها قول اخر تقبل شهادة السامع الرجال في
التعزير ويحبس الذي وجب عليه التعزير ايا ما وتخلي سبيله ولا
يضرب اما ما رواه عن ابي حنيفة فوجهه ان التعزير عقوبة فلا يثبت
شهادة السامع الرجال كالحدود والقصاص وقوله وفيها قول اخر
انما يريد بذلك مذهب نفسه ولانها عقوبة بالحبس فتقبل شهادة
النساء ولم يضرب بها ولكنه حبس لان التعزير قد يكون بالحبس وقد
يكون بالضرب وقد يكون بهما فلم يثبت الضرب بشهادتهم وان ثبت

الحبس الذي هو اذ في منه **باب ما يقام فيها** قال ابو الحسن
الحدود اذا اجتمعت ما يقام فيها قال ابو الحسن
حنيفة وابو يوسف ومحمد في رجل قذف قوما وزنا وشرب الخمر وسرق
ولم يحصن واقي به الامام كيف ينبغي للامام ان يصنع قال يبدأ
بضربه حد القذف فاذا فرغ امر حبسه حتى يجف لضرب ويبرا
ثم هو بالخيار ان شا بدا حد الزنا وان شا بدا السرقة ثم يحبسه
حتى اذا اقام عليه الحد الاخر فاذا فرغ حبسه فاذا ابر اقام عليه
حد الخمر اما البداية حد القذف فلان المطالب به بحق الادبي وحقوق
الله تعالى اذا اجتمعت مع حقوق الادبي في حكم الدنيا قدم حق الادبي
واما حبس حتى يبر الان الامام لوجع بين الحدين ادي ذلك الى التلف

والحدود فيما دون النفس تستوفي على وجه لا يؤدي الى التلف
ثم الامام بخير بين البداية بخد السرقة او خد الزنا لان كل واحد
منهما ثبتت بحق الله تعالى وهو ثابت بالقران فجريا بالتأخير مجرا
واحد او يورخ حد الشرب عندنا لان وجوبه معلوم بالنسبة
فهو اضعف مما ثبت بالقران فكان البداية بالمتأكد اولى قال فان
كان مع ذلك قتل ضربته للقذف ثم ضمنته السرقة وقتلته ودرأ
عنه ما سوي ذلك من الحدود وكذلك ان كان زنا وهو محصن بلغنا
نحو ما في ذلك عن ابن مسعود وبن عباس رضي الله عنهما اما حد
القذف فلا يدخل في القتل لانه حق يتعلق به مطالبة ادعي فتأكد
في الوجوب كما يتأكد الديون واما بقية الحدود فقد اجتمع النفس
وما دون النفس بحق الله تعالى فاذا بدا الامام بالنفس سقط
ما دونها حكما وان بدا ما دونها لم يسقط النفس والامام مأمور
بفعل ما يؤدي الى دري الحدود واستقاطها **باب**
الحاكم يرى الرجل حدا وسعه او يعلم به قتل
ان يستقضي هل يحكم به ام لا قال ابو حنيفة فيما علمه
الحاكم وشهد عليه قبل ان يستقضي لم يستقضي فاختصم اليه
فانه لا يحكم بعلمه انما هو شاهد فان طوب بالشهادة عند من
هو فوقه شهد ونقد الحكم بشهادته مع شاهد اخر وهو في ذلك
وغير ممن ليس بقاض سواكينا ما كان ذلك الحق حدا او غير وقال

ابو يوسف ومحمد يحكم في ذلك بعلمه من غير شهادة عنده في جميع الحقوق
والمطالبات الا الحدود فانه لا يحكم بها غير ان السرقة ان كانت
قايمة بعينها في يد السارق ردها على صاحبها وان كانت مستهلكة
ضمنه اياها وما علمه القاضي قبل الحكم فلا يحكم به عند ابي حنيفة
لانه يحمل شهادته فلا يجوز ان يجعله حكما كمن شهد على شهادته غير
ثم ولي القضاء المجازان يحكم بذلك وجه قول ابي يوسف ومحمد ان القاضي
يجوز له ان يحكم بالشهادة التي تقع له الظن بها فاذا كان قد شاهد
فقد حصل له العلم بالحكم به اولى واما ما علمه في حال القضاء فانه
يحكم به الا في الحدود وهذا قولهم المشهور وروي عن محمد انه رجع
حين راي حدا القضاء وقال لا يغضي القاضي بعلمه في حد ولا غير
وجه قولهم المشهور ان الامة اقتضت على قاضي واحد في كل مصر
فلو لم يقبل قوله فيما يقربه الخصوم عنده لوجب ان يولي جماعة
اشهدوا بالحق والا ادي بلا ذهاب اموال الناس ولان القاضي
مقبول في تركية اليهود في مذهبه وصحة الحكم يتعلق بذلك
فلذلك يقبل قوله في وجوب الحقوق وجه قول محمد اني لو قبلت
قول القاضي لقتلت بقوله ولا فصل ما يجوز اثباته الا بقول
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولهذا روي ان رجلا اغلظ علي
ابي بكر الصديق رضي الله عنه فقال ابو هريرة رضي الله عنه
الا امرتني يا خليفه رسول الله بضرب عنقه فقال واكنت

فاعلا ان امرتك فقال نعم قال ما كان ينبغي ذلك لاحد بعد المرسلين
واما الحدود فلا يحكم القاضي فيها بعلمه لما روي ان عمر بن الخطاب
رضي الله عنه قال لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ارايت
اورايت رجلا قتل او سرق او زني قال اري شهادتك شهادة رجل
من المسلمين قال لا صبت وروي سفيان عن ابن ابي ذيب عن ابي هريرة
قال قال ابو بكر لو وجدت رجلا علي حد من حدود الله لم احل انا
ولم ادع له حدا حتي يكون معي شاهد غيري ولان الحدود ونجيب
حق الله تعالى والقاضي خصم في استيفائها فاذا قضي بعلمه
فكانه قضي بما هو خصم فيه فلا يجوز واما تضمين السرقة فلانه
حكم بمال والاموال يجوز ان يقضي القاضي فيها بعلمه في المشهور
من قولهم وما علمه القاضي في غير المصر الذي عليه لم يحكم به عند
ابي حنيفة ويحد في مصر وقال ابو يوسف حكم والخلاف فيه
كالخلاف فيما علمه قبل القضا لانه لا يملك الحكم في الموضع الذي
علم فهو انما تخلص شهادة فلم يجز ان يجعلها حكما وقال ابو حنيفة ما اقر
به من زنا او سرقة او شرب خمر او سكر في غير مجلس قضائه
الذي يجلس فيه للناس يقضي بينهم فاقر بذلك مرارا اربعاء في
الزنا ومرة في غير ذلك ثم لم يرجع عنه لم يأخذ بشي من ذلك وكان
هذا منزلة روية القاضي لئلا يخل بعض ذلك الا انه يضمه السرقة
لصاحبها وانما يأخذه من الاقرار ما كان في اقراره عند القاضي وهو

في مجلس قضائه قد جلس لذلك وذلك لان الاقرار اذا حصل في
مجلس القاضي فها ضروري الى المجابا الحد به لولا ذلك لم يقع التوثق
بقاضي واحد فاما ما سمعه القاضي من الاقرار في غير مجلسه
فلا ضروري به اليه فبصير كمشاهدته لسبب الحد واما ما
لا يصح الرجوع بجملة بعد الاقرار به مثل القذف والقصاص
اذا اقر بذلك في مجلس القاضي او في غير مجلسه اقام القاضي
ذلك عليه لان هذا حق لادي فاذا علمه القاضي في حال القضا حكم بعلمه
فيه كما حكم في الاموال هـ

كتاب السرقة وقطع الطريق

قال الشيخ السرقة عبارة عن اخذ المال علي وجه الاختفاء لان
الاخذ اذا كان علي غير وجه الاختفاء يسمى نهباً وخلصه فاذا كان علي
وجه الاختفاء يسمى سرقة والاصل في وجوب قطع السارق قوله
تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع
يدك وروي ان سارقا رفع اليه فاقربا السرقة فقطعه والسرقة
يعتبر فيها صفات السارق والعين المسروقة والحزر المسروق
منه والملك للعين المسروقة فاما السارق فيعتبر ان يكون

بالغاقلالان الحدود لا تجب الامع وجود التكليف ويعتبر في فعله ان يكون على وجه الاستخفاف لان السرقة لا تكون مع الجهد ويعتبر في المكان الماخوذ منه ان يكون حرزا لان النبي صلى الله عليه وسلم قال في حرسه الجبل فيها غرامة مثلها وجلدات نكال فلم يوجب فيها القطع لانها ليست حرز ويعتبر ان يكون ما دون له في دخول الحرز من جهة الادي لان ادي اذا اذله في دخول الحرز خرج من ان يكون حرزا في حقه ويعتبر في المال ان يكون جنسه لا يوجد مباحاتا فيها في دار الاسلام ولا يسرع اليه الفساد ولا يكون له فيه شركة ولا شبهة ملك ويعتبر في المسروق منه ان يكون له يد صحيحة في المال وان لا يكون بينه وبين السارق رحم كامل ولا زوجية والكلام في تفصيل هذه المسائل عجي فيما بعد فاما محل القطع فمن مفصل الزند وقال الحوارح من المنكب ومن الناس من قال الاصابع والذي يدل عليه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع السارق من مفصل الزند وهذا بيان للمراد بالاية واليد التي تتعلق بها القطع هي اليمنى لما روي في قراءة عبد الله ابن مسعود فافطعوا ايماهما وروي الضحاك عن ابن عباس في قوله تعالى والسارق والسارقة فافطعوا ايديهما قال ايماهما وكذلك روي عن الحسن وابراهيم ولا خلاف في ان القطع يبتدأ به في اليمنى وهذا اذا كانت اليسرى صحيحة والرجل اليمنى صحيحة يمكن الانتفاع بها اذا قطعت اليد اليمنى فان كانت اليمنى متى قطعت لم ينتفع بيده اليسرى ولم ينتفع برجله اليمنى لشي دخل قبل قطع اليمنى يمنع الانتفاع بها او اكثر لم يقطع فان اصحابنا قالوا اذا كانت اليد اليسرى مقطوعة او شلا او مقطوعة منها

الايهام او اصبع غير الايهام لم يقطع اليمنى لانه متى قطعت واليسرى على هذه الحال بطل الانتفاع باليدين جميعا ومنفعه الجنس لا يجوز ان يستوفي بالسرقة كما لا يجوز ان يقطع اليدين وعلى هذا اذا كانت الرجل اليمنى مقطوعة او شلا او بها عوج يمنع المشي عليها او اكثر لم يقطع الرجل اليسرى لانها تبطل مشيه فيؤدي ذلك الى ابطال منفعة الجنس وقد استدل ابو الحسن على ذلك بعدد الامثلة عن قطع اليسرى اذا كانت اليمنى مقطوعة الى الرجل اليسرى فلو كان القطع متعلقا باليسرى لم يعد لواعنها وهي منصوبة عليها بقوله تعالى فافطعوا ايديهما بعموم الاية في غير قراءة عبد الله الى ما لم ينصر عليه ولان قطع الرجل اليسرى اخف ضررا على السارق من قطع يده اليسرى او رجليه اليمنى لان قطع اليسرى يذهب منافع اليدين جميعا وقطع الرجل اليمنى يمنع المشي كله ومتى قطع الرجل اليسرى بعد ثمنه ما ينتفع ببعض منافع يديه وبعض منافع رجليه فهذا عدل الى قطع الرجل اليسرى وهذه العلة لما اوجب الله تعالى في المحاربتين قطع اليد والرجل قطعت اليد اليمنى والرجل اليسرى في دفعة واحدة قال ولا قطع عندنا في اليد اليسرى على حال وانما تقطع اليد اليمنى ابتداء ثم الرجل اليسرى ثم يعز ربعد ذلك ويحبس وقال الشافعي في المرة الثالثة تقطع يده اليسرى وقد روي عبد الله بن سلمة ان عليا اتي بسارق فقطع يده ثم اتي به الثانية قد سرق فقطع رجليه ثم اتي الثالثة قد سرق

قال لا افطعه ان قطعت يده باي شي ياكل باي شي يمسح وان قطعت رجله
باي شي يمشي واني لاستحي من الله تعالى بضربه وحبسه وروي عن عبد الرحمن
ابن عابد قال لاتي عمر بن الخطاب برجل افطع اليد والرجل قد سرق يقال له
سدوم فاراد ان يقطعه فقال له علي انما عليه قطع يد ورجل فحبسه عمر
ولم يقطعه ولا استيفاء منفعة الحبس لا تجوز في السرقة كالقتل ولان
السرقة قد تكررت ضعف حكمها ولهذا لا يستوفي بها في المرة الخامسة
شي من الاطراف فاذا لم يحرق قطع اليد اليسرى في المرة الثانية ففي الثالثة
اولي قال واذا سرق الرجل بمناه شلا او مقطوعة الابهام او الاصابع فانها
تقطع وذلك لانها لو كانت كاملة قطعت فاذا كانت ناقصة اولي ولان العد
عن اليد اليمنى في الدفعة الاولى لا يجوز كما لو كانت صحيحة قال وان سرق فقد
قطع يده ورجله حبس وضرب لان القطع لما سقط فيها بينا لم يبق الا الزجر
بالضرب والحبس قال ابن رستم عن محمد بن كلبة ويستودع الحبس حتى يحدث
ثوبه وهذا صحيح لان الفعل المنكر لا بد له من زجر فاذا سقط الزجر
بالقطع لم يبق الا الزجر بالحبس والضرب **باب**

القدر الذي يقطع فيه السارق

قال اصحابنا لا يقطع السارق في اقل من عشرة دراهم او ما قيمته
عشرة دراهم وروي عن ابي هريرة وابي سعيد انهما قال لا يقطع السارق
الا فيما قيمته اربعة دراهم وقال عكرمة اربعة او خمسة وقال
مالك ثلاثة دراهم وقال الشافعي ربع دينار وحكي محمد بن الحسن البصري

انه يقطع في القليل والكثير وهو قول الخوارج فاما الدليل على تعلق
القطع بمقدار مقدار واحد وروى عن عمر بن الخطاب عن ابيه عبد الله بن عمر ان
رجلا اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كفري
في حريسة الجبل فقال هي مثلها والنكال فاذا جمعها المراح قال
اقطع اليد فيما بلغ من المجن وروي ان رجلا من مريضة سال رسول
الله صلى الله عليه وسلم عرضا له الابل فقال معها حداوها وستقاوها
ترد الما فتاكل الشجر حتي ياتي بدعها وسيل عن الحريسة التي تؤخذ
من مراعيها قال ثمنها مرتين وضربا ونكالا وما اخذ من اعطابه ففيه
القطع اذا بلغ ثمن المجن وروي هاشم بن عروة عن ابيه قال كانت اليد
لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في من المجن
فذا يدل على ان القطع يتعلق بمقدار وعن عايشة قالت كان لا يقطع
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشئ التافه ولان الحدود تجب
بالمقصود من كل نوع ولهذا وجب حد الزنا بالوطي في الفرج وحد
القذف بالقذف بالزنا خاصة والقدر اليسير ليس بمقصود بالسرقة
فلا يجب فيه القطع واذا ثبت ان القطع لا يجب الا في مقدار فالدليل
على اعتبار العشرة ان النبي صلى الله عليه وسلم علق القطع بالمجن
فلا تخلوا ان يكون علقه بمجن معين معروف او لمجن مجهول ولا يجوز
ان يعلقه بمجهول لاختلاف قيم المجان وكلامه خرج بخرج البيان فلا
يجوز ان يبين ما ليس بمعلوم وقد روي عطاء بن ابي رباح ومجاهد عن ابن

ابن ابي عمير قال كان قيمة المجن الذي يقطع فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم وكذلك قال ابن عباس وهذا بيان منهما لان القطع تعلق بمجن معين وقد اختلف الصحابة في تقويمه فكان من اثبت الزيادة في القيمة اولى الا ترى ان من استهلك عينا فاختلف الشهود في قيمتها كان شهادة من شهد بزيادة القيمة اولى بمن شهد بنقصانها ولان من روي عنه اقل من عشرة قوم المجن مطلقا ولم ينقل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عباس وامن ذكر القيمة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد كان السلاح بعله كثير فجوز ان يكون نقصت قيمته وقد روي عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقطع الرجل في اقل من عشرة دراهم وروي بن لهيعة عن عمرو بن شعيب قال دخلت سعيد بن المسيب فقلت هولا اصحابك عمرو بن الزبير ومحمد بن مسلمة بن يسار يقولان ان ثمن المجن خمسة دراهم فقال ليس لهم قول اما هذا فقد مضت سنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم فلم يقطعه وروي القسم بن عبد الرحمن اني عمراتي يسارق وسرقته تبلغ قيمة ثمانية دراهم فلم يقطعه وروي انه امر به ان تقطع فقال له عثمان ما تاوي سرقته عشرة دراهم فقال فقومت فقطعت خمسة دراهم او قال ثلاثة دراهم فلم يقطعه عمرو وهذا يدل من اتفاقهما على ان القطع مقدار عشرة دراهم ولان ما لا يتقدر به اقل المهر

لا يتقدر

لا يتقدر به نصاب القطع كما دون ربع دينار ولا كل مقدار اختلف في تعلق القطع به لم يتعلق به القطع كاليسير واما حديث الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها وسلم قال القطع في ربع دينار فحدث انكره اهل العلم وخالف الاثبات الثقات الزهري في رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم ووقفوا على عائشة ومنهم من انكر ان تكون عائشة قالت على هذا اللفظين ذلك ما روي عنها انها قالت كان لا يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن فكيف يجوز ان يكون معها قدر مقدار فليسكت عنه ويروي قيمة شيء مختلف في تقويمه وقد روي عن يحيى بن سعيد ان عبد الرحمن بن القسم سمع رجلا يروي هذا الحديث عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم فاخذ كفا من حصا فاهوى اليه وقال انما هو عن عائشة فقط **فصل** اما صفة الدراهم التي تعتبر منها عشرة دراهم مضروبة هكذا رواه بشر بن الوليد عن ابي يوسف قال وروي بن ساعدة عن محمد بن سرق عشرة دراهم تبرأ قال لا يقطع حتى يكون قيمتها عشرة دراهم مضروبة وروي الحسن بن ابي حنيفة في السارق اذا سرق عشرة دراهم مما يجوز بين الناس قطع وهذا يقتضي ان يكون في المضروبة وغير المضروبة اذا جازته بين الناس والوجه في ذلك ان النصاب اذا تعلق بمبلغ من الدراهم استوي فيه للمضروب وغير المضروب

كنصاب الزكاة ولان التقويم للجن كما وقع بعشرة والدرهم التي تقوم بها هي التي
يتعامل بها الناس والناس يتعاملون بالصحيح وغيرها في سائر الاعصار
وجه قولها ان التبر نافع القيمة عن المضروب فصار كما لناقص من
طريق الوزن ولانه لما احتمل ان يكون التقويم يوقع بالصحيح واحتمل الصحاح
وغيرها لم يجز اثبات القطع بالشك وقد قالوا انه يعتبر عشرة دراهم
وزن سبعة لان اطلاق الدرهم انما يتناول ذلك بدلالة نصاب
الزكاة ومقادير الديات وكان الدرهم كانت على عهد رسول الله صلى
الله عليه وسلم صغارا وكبارا فاذا جمع كل اثنين منها كان درهما في وزن
سبعة فكان هذا هو الوسط في المقادير **فصل** قالوا لا يقطع
السارق حتى يكون فيه ما سرق يوم سرق عشرة دراهم ويوم يقطع
عشرة فتكون القيمة كذلك في الوقتين وجملة هذا ان العين المسروقة
اذا كانت كاملة في وقت الاخذ ثم نقصت بعد ذلك فاما ان تنقص
قيمتها او عينها فان نقصت عينها لم يسقط القطع عن السارق في
قولهم لان ما نقص من عينها بعد الاخذ مضمون على السارق والقطع
يتعلق بالعين المسروقة اذا ثبت جميعها في ذمته بالاستهلاك
فكذلك اذا ثبت بعضها في ذمته وليس هذا كما لو نقصت العشرة
لحرز بفعله ان النقص ثابت في ذمته ولا قطع في العين لانه لم
يفصل بين الحرز وبين ما في ذمته فلم يفصل بين الحرز وبين عين كاملة
وان كان الضمان ثابتا في مسئلتنا فصل بين الحرز وبين العين وهي كاملة

فجوب

فجوب ضمانها بعد ذلك في الدية او وجوب بعضها لا يسقط القطع
واما اذا نقصت من طريق السعر فان القطع يسقط وروي عن محمد
انه لا يسقط القطع وهو قول الشافعي لنا ان نقصان السعر صفة
للعين قد جعلت كالموجودة في حال الاخذ بدلالة سقوط ضمانها
عن السارق ولو كان هذا النقص موجودا عند الاخذ لم يجز القطع
فكذلك اذا صار صفة للسعر في حكم الموجود عند الاخذ وليس
كذلك نقصان العين لان هذه الصفة لم تجعل كالموجودة في حال
الاخذ بدلالة ان ضمانها لا يسقط عن السارق فكذلك لم يؤثر
في اسقاط القطع واذا سرق في بلد ووجد في بلد اخر القيمة فيه
انقص لم يقطع حتى يكون في البلد من جميعا عشرة دراهم وذلك
لما بينا ان كمال القيمة معتبر من وقت الاخذ الى حال القطع فاذا
نقصت في احد الخالتين او ما بين ذلك سقط القطع قال فان
كان النقصان بشي دخل في نفس العين بعد اخذها فقطع وذلك
لما بينا ان نقص العين يثبت في الذمة فاذا حصل بعد الاخراج من
الحرز لم يسقط القطع **باب معرفة الحرز**
قال اصحابنا جميعا ما بين السكني وحفظ الاموال من الامتعة
وما في معناها وكذلك القشاطيط والمضارب والخيم التي تسكن
الناس فيها وحفظون امتعتهم بها فكل ذلك يكون حرزا وان لم يكن فيه
حافظ قال الشيخ وجملة هذا ان البقعة تكون حرزا باحد اسريها اما بان

القيمة

يكون معدة للاحراز كالدرور والداكين والخييم والعنسا طيط والخزائن
والصناديق وتكون البقعة حرزا بالحافظ كمن جلس في الطريق او
في المسجد وعند متاعه فاذا كانت البقعة في نفسها حرزا لم يخرج
في وجوب القطع الى حافظ لان الاخذ حصل من الحرز وان لم يكن في نفسها
حرزا فلا بد من الحافظ لان ما فيها يصير محفوظا بالجالس فالأخذ منها
اخذ من حرز والاصل في اعتبار الحرز في وجوبه القطع قوله صلى الله عليه
وسلم في حريسة الجبل فيها غرامة مثلها وجلدات تكال فاذا اوأها
المراح فيها القطع وقال صلى الله عليه وسلم لا قطع في مرد لا كرحتي
ياويه الحرز فاذا اوأه الحرز ففيه القطع فدل على اعتبار الحرز في
وجوب القطع ولان الحدود تجب في المقصود من كل نوع والمقصود في
السرقه الاخذ من الحرز دون غيره فيختص القطع به وانما قلنا ان البيوت
والدور والخييم حرز بغير حافظ لقوله صلى الله عليه وسلم فاذا اوأها
المراح ففيها القطع فوجب القطع حكم الحرز ولم يفصل والدليل
على ان البقعة التي لم تعد الحرز تكون حرزا بالحافظ ما روي ان صفوان
نام في المسجد وتوسد رداءه فسرقه سارق من تحت راسه فقطعه
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال اصحابنا ان ما كان حرزا لنوع فهو حرز
لكل نوع وجعلوا سرقحة النعال حرزا للجوهر فقال الشافعي الحرز
في كل شيء حرز مثله وهذا ليس بصحيح لان البغال قد تخرز خلف شريحته
الدرام والذنانير ويقصد بذلك احرازها ولهذا المعنى قال اصحابنا

لا قطع

٢٠٥
لا قطع على النباش لان القبر ليس بحرز لغير الكفن فلم يكن حرزا للكفن قال
وسوا سرق من ذلك وهو مفتوح الباب او لا باب له اذا حجزنا بنا
لان الدار يقصد بها الاحراز وان فتح بابها واذا قصد بها الاحراز تعلق
بمن هتكها القطع فاما المكان الذي لم يوضع للحرز فيعتبر فيه الحافظ
على ما بينا اذا كان الحافظ قريبا منه في مكان يمكنه حفظه لانه اذا تعد
فليس بحافظ فلم يصير في الموضع حرزا قال وسوا كان الحافظ نائما في ذلك
المكان او متيقظا لان الانسان يقصد الحفظ في الحالىين ولان صفوان
كان نائما فقطع النبي صلى الله عليه وسلم سارق الردا منه قال وما
ذكرت لك انه محرز بالابنية وان لم يكن له حافظ فانه اذا اذن
في دخوله فسرق هذا المادون له في الدخول شيئا منه لم يقطع ولا
يكون حرزا منه على وجه من الوجوه وان كان فيه حافظ لما فيه او كان
صاحب المنزل نائما على شيء منه وذلك لان المادون له في دخولا الحرز
قد خرج الحرز من ان يكون حرزا في حقه بالاذن له في الدخول والاخذ من
غير حرز لا قطع عليه ولانه اذا صار في حكم اهل الدار بالاذن فهو جاز
فيما يأخذ وقد قال صلى الله عليه وسلم لا قطع على مختلس ولا منتهب فلا طبر
قال وكذلك ان سرق في بعض بيوت الدار المادون في دخولها وهو
مقفل او من صندوق الدار او بعض البيوت وهو مقفل عليه
اذا كان البيت من جملة الدور المادون فيها لان الدار الواحدة حرز واحد
وخرجت بالاذن في حقه من حكم الحرز فكذلك بيوتها والذي روي ان اسود

بات عند أبي بكر الصديق فسرق حليا لهم فقطعه فجوز ان يكون سرق من دار النساء والدارين مختلفين فاذا اذن له في دخول احداهما يسقط عنه القطع فيما يخله من الاخرى قال فاما اذا كان من هذه الابنية يدخل اليه فلا اذن له في دار ياذن فيه اذا شاء منع منه اذا شاء فان هذا والفينا والصحرا والبرية بمنزلة واحدة سواء يكون حرزا يحفظ ما فيه نايما او يقضانا اذا كان مكان يحفظ والطرق فلا تكون حرزا الا بالحا قال الفضل بن غانم سمعت ابا يوسف قال في رجل كان في حمام او خان وثياب تحت راسه فسرقها سارق قال لا قطع عليه وكذلك ان لم يكن نايما وكان يقضانا وان كان في صحرا وثوبه تحت راسه قطعه وقال ابن رستم عن محمد في رجل سرق من حمام من رجل وهو معه في الحمام او سرق من رجل وهو معه في سفينة او نزل قوم في خان فسرق بعضهم من بعض فلا قطع على السارق وكذلك الخانوت وذلك لان الحمام والخانوت حرزا بنفسهما فاذا اذن لادمي في دخولها خرجت من ان يكون حرزا فلم يجب القطع وان كان عندنا حافظ لان ما كان حرزا بنفسه فلا يجوز ان يصير حرزا يحفظه واذا سقط حكم الحافظ بقي الحرز بالحمام والبيت والاذن في الدخول يسقط القطع ولهذا قالوا فيمن سرق في الحمام ليلا انه يقطع لانه لم يودن للناس في دخول ليلا فاما المسجد والصحرا وان كان مادونا في الدخول فيها فليست حرزا بانفسها وانما يصير حرزا بالحافظ ولم يوجد من الحافظ اذن فلم يبطل معنى الحرز فكذلك وجب القطع وقد قالوا في السارق من المسجد لما عنده حافظ يقطع وان لم

يخرج من المسجد لان البقعة التي فيها الحافظ بنفسها هي الحرز لا المسجد فاذا انفصل منها فقد بان عن الحرز فقطع واما الدار فبناؤها هو الحرز وما لم يخرج منها لم يلزمه القطع وقال ابن رستم عن محمد لو سرق رجل من خانوت في السوق فحترز من الخانوت وقد فيه للبيع واذن الناس في دخوله لم يقطع السارق فيه وكذلك لو سرق منه وهو معلق على شيء لم يفتحه لم يقطع فيه وذلك لانه لما اذن في دخول الخانوت اخرج من ان يكون حرزا فلم يقطع وان اخذ من بيت منه وكذلك لو كان فيه صندوق متغلل فسرق منه لان الموضع ليس بحرز في حقه لكان الاذن وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل يارض فلاة معه جوالق وضعه وبان عنده يحفظه فسرق منه رجل شيئا او سرق الجوالق قال فان اقطعه وذلك لان الجوالق بحرز بالحافظ فسنوا اخذ جميعه او اخذ بعضه قال وكذلك اقطعه اذا سرق فسطا طاملفو فاقد وضعه رجل ونام عنده يحفظه وذلك لان الفسباط الموضوع محفوظ بالحافظ فقد اخذ من حرز فان كان فسطا طاملفو وبان فيه رجل نائم فاني لا قطع سارقه وذلك لان الفسباط حرز في نفسه من اخذه فقد سرق نفس الحرز ونفس الحرز ليس في الحرز فسارقه كسارق باب الدار وليس كذلك اذا كان ملفوفا لانه خرج من ان يكون حرزا فصار حرزا بالحافظ فوجب فيه القطع كالباب المغلوق اذا كان في الدار فسرقه سارق **باب كيف يصح** **الاخذ قال** واذا دخل السارق حرزا فاخذ منه

متاعا فحمله اولم يحمله حتى عبر عليه وهو في الحرز قبل ان يخرج فلا قطع عليه
في قولهم وذلك لان القطع يجب باخراج المال من الحرز لان المقصود من
هذا النوع في الحدود اذ اوجبت وجبت بالمقصود ولا غرض السارق
ليس هو بثبوت يده على المال وانما غرضه اخراج المال من الحرز بما لم يفعل
ذلك يوجد الغرض بالفعل فلا يتعلق به الحد قال وان رى به خارج الحرز
ثم ظهر عليه قبل ان يخرج هو من الحرز فلا قطع عليه لانه لما القاه ثم
ظهر عليه فلم يثبت يده عليه عند الخروج من الحرز والقطع يتعلق
بثبوت يده السارق على المال عند انفصاله قال وان لم يظهر عليه
حتى خرج فاخذ ما كان رما به خارج الحرز قطع في قولهم وهذا قول
اصحابنا وروي عن زفرانه قال لا اقطع عليه لسا انه اذا التقى المتاع
فيه ثابتة عليه بدلالة ان من القى متاعه في الطريق فهو في حكم يده
ما لم يثبت عليه يد اخري فاذا اخرج من الحرز والمسروق في يده من
طريق الحكم وجب عليه القطع كما لو كان في يده من طريق المشاهدة
ولهذا المعنى قال ابو حنيفة من وجد لقطعة في الطريق فاخذها
ثم ردها الى مكانها بري منها لانه جعل تلك البقعة كيد المال في
باب جواز الاداء اليها وجه قول زفرانه منفصل من الحرز وليس
المال في يده فصار كما لو ناوله غيره قال فان كان رما به الى صاحب
له خارج الحرز فاخذه الذي يدعى به اليه فلا قطع على واحد منهما
اما الخارج فلانه لم يهتك الحرز فلا يلزمه القطع واما الداخل

فلانه

٧ - ٢
فلانه خرج والمال ليس في يده الا ترى ان ثبوت يده الخارج على المال
تزيل يده الداخل عنه فلذلك لم يلزمه قطع قال فان كان ناوله
صاحبا له مناولة من وراء الجدار فاخذه ولم يخرج هو به فان ابا
حنيفة قال لا قطع على واحد منهما وقال ابو يوسف وقال ابو يوسف
ومحمد يقطع الداخل ولا يقطع الخارج اذا كان الخارج لم يدخل يده
في الحرز اما ابو حنيفة فقال ان الخارج لم يهتك حرمة الحرز الهتك
المقصود فلا يجب عليه قطع واما الداخل فقد زالت يده عن
المال بثبوت اليد الثانية عليه ما يفصل من الحرز ولا بد له فيه
فلا يقطع وجه قولهما ان يد الثاني قائمة مقام يد الاول في الامساك
فكانه خرج والشئ في يده قال وان كان الخارج اجعل يده الى الحرز فاخذ
من الداخل فلا قطع على واحد منهما في قول ابو حنيفة وقال ابو يوسف
اقطعهما جميعا فوجه قول ابو حنيفة ان الخارج لم يهتك الحرز
الهتك المقصود في مثله لان هتك تكون بدخولها فلم يلزمه
القطع واما الداخل فقد انفصل من الحرز فلا يد له على المال
فلا يقطع وجه قول ابو يوسف ان ادخالا ليده عند يتعلق
به القطع كما لو لم يكن هناك مناولة على ما سنبينه فصار هو السارق
فوجب عليه القطع والاخر مناولة له في السرقة لان يده قائمة
مقام يده فيما ناوله فقطع قال ولو ان لصا ثقب منزلا لرجل ثم
ادخل يده فسرقة سرقة تساوي عشرة دراهم فلا قطع عليه

في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف في الاملا اقطعه ولا اباي دخل
الحرز اولم يدخل ولم يذكر محمد في الاصل ولا في الجامع الصغير في هذه
المسئلة خلافا والخلاف في الاملا وجه قولهما ما روي عن علي انه قال
اذا كان اللص طريقا لم يقطع قيل لانه وكيف يكون طريقا قال يدخل
يده الى الدار فيأخذ منها ولا لانه لم يهتك الحرز الهتك المقصود في
مثله الا ترى ان الدور يمكن دخولها فذلك هو المقصود من
هتكها والحد انما يتعلق بالمقصود دون غيره وليس كذلك من
ادخل يده في صندوق الصبر في سرقة منه لان ذلك الحرز لا يمكن
هتكه بالدخول فكان الهتك المقصود منه ادخال اليد فتعلق
به القطع وجه قول أبي يوسف ان هذا الفعل لما تعلق به وجوب
القطع في بعض الاحراز وهو صندوق الصبر في الجوالق فتعلق
في بعضها قال ولو ان لصوصا دخلوا منزل رجل فسرقوا سرقة
فجملها منهم او رجلا حتى اخرجوها من المنزل فانهم يقطعون جميعا
ولا يدراعنهم الحد يحمل بعضهم دون بعض ولذلك قال أبو يوسف
هذه رواية بن رستم والجامع الصغير والاصل من غير خلاف
وكذا رواها علي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال والقبيل
ان لا يقطع الا الذي خرج بالمتاع وامالي الاستحسان فانهم يقطعون
جميعا وجه القياس ان الحامل للمتاع هو المباشر والباقيون مكنون من الفعل
والحد يجب على المباشر دون المعين والممكن كحد الزنا والشرب وجه

الاستحسان ما بينا ان الحدود تتعلق بالمقصود من كل نوع ومقصود
الشرا ليس هو التخل وانما هو التمكن وهتك الحرز لانه ان الحمل
ينفرد به اصاغرهم دون اكابرهم والحد يجب بحصول المقصود من النوع
وليس كذلك حد الزنا والشرب لان المقصود منهما ليس هو التمكن
انما المقصود منهما الفعل فوجب الحد على الفاعل ولاز الحامل من
جملة الشرا ق حامل لهم فكانهم جعلوا المتاع على حمار فسا قوم حتى
اخرجوه من الحرز وجب القطع عليهم جميعا ولان هذا حكم يتعلق
باخذ مال يحتاج فيه الى المعاونة في الغالب فاستوى فيه المعين
والمباشر كالغنية وقال في الاصل لو كانا اثنين فتقبا البيت
ثم دخل احدهما فاستخرج المتاع فلما خرج به الى السكة جملاه
جميعا قال ان عرف الداخل بعينه قطع الداخل ودرات الحد عن
الاخر غير اني اعززه وان لم يعرف الداخل لم يقطع واحد منهما
ويعزران وذلك لان الداخل هو فصل المتاع من الحرز فصار
سارقا والاخر انما حمل بعد تمام الفعل فلم يجب عليه حد الا انه
عاون على المعصية وذلك امر منكر لا حد فيه فيعزران لسم
يعرفا الداخل منهما ولا حد على واحد منهما لانه لم يتعين من
وجب عليه الحد فلم يجب احباب الحد على مجهول ويعزران لان
كل واحد منهما فعل فعلا منكر المستوف الحد منه قال ولو نقب
بيت رجل فدخل عليه مكاتبة ليلا حتى سرقة منه متاعه

والمناخ يساوي الفا واكثرها فانه يقطع وذلك لان السارق
هو اخذ المالك من الحرز على طريق الاستخفا ومن فعل هذا ليل
فهو مستخف من الناس وان لم يستخف من المالك لان الغوث لا يلحق
بالليل فصار معنى السرقة موجودا في فعله فقطع وليس كذلك
اذا كان في الطريق بالكوفة نهارا وذلك لان هذا ليس باستخفا
الا ترى ان الغوث يلحق في مثله فلم يوجد معنى السرقة فيه قال
ومن سرق تمرا في نخل او شجرة متعلقا فيه فلا قطع عليه في
قولهم جميعا لما رواه رافع بن خديج ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لا قطع في تمر ولا كثر حتى ياويه الجزير قال محمد التمر ما كان
في الشجر ولانه غير مستحكم في الشجر فصار من جملة ما يسرع
اليه الفساد فلا يقطع فيه ولا يقال ان النبي صلى الله عليه وسلم
اسقط القطع في التمر لان ثمار المدينة غير محروقة وذلك لان عموم
اللفظ يقتضي المحرز وغير المحرز قال فان جذ في النخل والشجر
ثم جعل في الجزير وبلغ من الجن فقيه القطع وهذا محمول عندنا
على انه اخذ بعدا استحكم جفافه وصار مما ينبغي ولا يسرع الفساد
اليه وكذلك حنطة في سنبل لم تحصد لان الحنطة التي لم تحصد
في حكم التمر المتعلق ولانه لا يستحكم قبل الحصاد وما لم يستحكم
من الحبوب لم يكمل معنى المالية فيه قال وكذلك ان كان عليه
حابط قد استوثقوا منه او قد احرزوه فسرق ما يساوي عشرة

درهم فلا قطع في شيء من هذا لما بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لا قطع في تمر ولا كثر وذلك لان المعنى الموجب لتسقوط القطع
ليس هو عدم الحرز وانما هو عدم الاستحكام وتقصان معنى المال
فيه وانما ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الجزير لان الثمار لا تحمل اليه
في العادة الا بعد استحكامها قال ابن رستم عن محمد التمر ما كان في روس
النخل والكثير الجمار قال ولو سرق من المراعى شاة او بعيرا او بقرة لم يقطع
وان سرقه من العطن او المراح الذي ياوي اليه قطع وذلك لقول
النبي صلى الله عليه وسلم في حريسة الجبل غرامة مثلها وجلدات نكال
فاذا اواها المراح وبلغت ثمن الجن ففيتها القطع ولان المواشي لا تحمل
في مراعيها للحفظ وانما تجعل للرعي والاخذ من غير حرز لا يتعلق به القطع
قال ولو سرق النخلة باصلها والشجرة باصلها من البستان وهي
تساوي عشرة دراهم فلا قطع في شيء من هذا وذلك لان هذا يوجد
حبسه مباحا فها في دار الاسلام فلا يتعلق به قطع على ما سبق
وقد روي حماد بن زيد عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان ان غلاما
سرق من حجاب سرق وديار من ارض جاره فغرسه في ارضه فلحقه
مروان فامر بقطعه فامى مولاه قد ذكر له فقال لا قطع عليه فقال
نعال معي لمروان فجابه فحدثه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لا قطع في تمر ولا كثر وقد روي رافع بن خديج هذا الخبر لمروان فاسقط
عنه القطع واذا لم يجب القطع في الودي وهو صغير النخل لم يجب في كبان

قال وان حصد الحنطة وحرز التمر وجعل ذلك في حظيرة عليها باب فسرق رجل منها
مايساوي عشرة دراهم قطع وان سرق منها بعد ان حصدت او حرزت وهي في
الصحر ليس معها من تحفظها فلا قطع عليه فان كان صاحبها قائما عليها تحفظها
قطع السارق وذلك لان التمر مالم تحرز والحنطة مالم تحصد لم يجب القطع
فيها لصقتها فلا يعتبر بالحرز فاذا احرزت بعد استحكامها وحصدت
الحنطة بعد استحكامها فقد صارت على صفة يتعلق بها القطع فان كانت
محرزة بالمكان او بالحافظ قطع راسها والالم يقطع لعدم الحرز قال وكذلك المسافر
بالصحر اجمع متاعه ويثبت عليه فسرق منه مايساوي عشرة دراهم فانه
يقطع السارق لان الموضع صار حرزا بالحافظ قال وكذلك ان كان المتاع في
جوالق على ظهر بعير او دابة فشقه فسرق منه مايساوي عشرة دراهم
فانه يقطع وذلك لان الجوالق حرز لما فيه والاخذ من الحرز يجب عليه
القطع قال فان سرق الجوالق كما هو فلا قطع عليه لان الحمل لا يوضع على الحمل
وكذلك ان سرق الحمل مع الجوالق فلا قطع عليه لان الحمل لا يوضع على الحمل الا حراز
وانما يوضع عليه للحمل فاذا اخذه فقد اخذ نفس الحرز ونفس الحرز ليس في
حرز كمن سرق باب دار وليس كذلك اذا شقه فاخذ ما فيه لان ما فيه
محرزه والاخذ من الحرز يتعلق به القطع قال ولا قطع على النباش
فيما اخذ من القبور في قولنا في حنيفة ومحمد لانه سرق من غير حرز
ولانه لا مال للكفن وقال ابو يوسف يقطع النباش واليه ذهب
الشافعي وجه قولهما ما روي عن الزهري قال لاخذ نباش في زمن مروان

بالمدينة فاجمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم متوافرون ان لا
قطع عليه ولان اسم السارق لا يتناول الا تزيان العرب افر دوابه
الاسم والحد انما ورد في السارق فلو الحقنا به من لا يتناول الاسم اوجنا
الحد بالقياس وهذا لا يجوز ولان الكفن ليس بمملوك لا تزيان الميت
لان ملك له فلا يضاف الكفن اليه ولا يجوز ان يكون على ملك الورثة
لانه مستحق عليه كما يستحق عليهم الدين والوصية فكما ان الدين اذا
قضى الوصية او انقذ لم يبق على حكم ملكهم فكذلك الكفن اذا لم يكن له
مالك معين صار كالبيت المال ولانه ليس بحرز لا تزيان لو
سرق من القبر الدراهم والدنانير لم يقطع وكل بقعة لو سرق
منها الدراهم لم يقطع اذا سرق منها الثياب لم يقطع كالحمام ولان
الكفن لا يقصد احرازه في الارض لا تزيان الثياب تبلى في الارض
وتتلف واذا لم يقصد الاحراز والسرقة من غير حرز لا يتعلق بها
قطع وجه قولنا في يوسف انه احد ما لا من حرز مثله من غير
شبهة كما لو اخذه من البيت قال ولا قطع على مختلس ولا منتهب
ولا حازن لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع على مختلس
ولا منتهب ولا خاين وروي عن علي رضي الله عنه انه سئل عن المختلس
والمنتهب فقال تلك الدعاية لا شيء فيها ولان اسم السارق لا يتناول
فلم يجز ان يلحق بالنوع الذي ورد فيه الحد قال ولا على سارق من
ذي رحم محرم وقال الشافعي يقطع السارق ممن له اولاد بينه وبينه

لنا قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تاكلوا من بيوتكم ابيوت الابية قاباح
 الاكل من هذه البيوت فصارت الاباحة شبهة في الدخول فتمنع القطع ولا يقال انه
 قايمة الابية او صدقكم والسارق من صديقه يقطع لانه اذا سرق منه خرج
 من ان يكون صديقه فلم يوجب عليه القطع مع وجود السب المبيح ومن سرق
 اخيه لم يخرج من ان يكون اخاله وان بينهما رحم كامل كالوالدين والولد ولان
 من اصلنا انه يثبت له في ماله حق البقعة عند الحاجة كما يثبت للوالد
 في حال الولد قال ولا قطع على زوج سرق من زوجته ولا على امرأه سقرت
 من زوجها وقال الشافعي ان سرق احدهما من الاخر من البيت الذي هما فيه
 فلا قطع وان سرق من بيت اخر قطع لنا ان بينهما سب فوجب التوارث
 من غير حجب كالوالدين ولان كل واحد منهما سبط في مال الاخر في العادة كما
 يبسط في مال الوالد فتمنع ذلك من وجوب القطع قال وكذلك ان كانت ماب منه
 فسرق واحد منهما من صاحبه وهي في العدة ثلث تطلقات كانت تعتد او غيرها
 ذلك من العدة وذلك لان العدة من احكام النكاح واحكام النكاح قد
 اجري بحري نفس النكاح في بعض الاحكام والحدود تسقط بالشبه فصارت
 العدة شبهة في سقوط القطع قال ولا قطع على خادم القوم اذا سرق من متاعهم
 ولا ضيف سرق متاع من اضافه ولا اجير سرق من موضع مادون له في دخوله
 وكذلك ان كان في موضع لا يدخل اليه اذا كان المتاع مما هو ماذون له في التصرف
 فيه وذلك لان الاذن في دخول الحرز يخرج منه ان يكون حرزا في حق المادون له
 والسارق من غير حرز لا يقطع فاما الاجرا اذا اخذ المتاع المادون له في اخذه

فلاذن له شبهة في الاخذ وذلك يستقط القطع ولان الاذن في التصرف في
 المال اكثر من الاذن في الدخول الحرز قال واذا اجر الرجل دار من رجل فسرق المواجه
 من المستاجر والمستاجر من المواجه وكل واحد منهما في منزل على حدة فانه يقطع
 السارق منهما رواه علي بن الجعد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وقال في الاصل في
 المواجه اذا سرق من المستاجر قال اما انا فليست اري عليه قطعا لان الدار له
 ولو كانت الدار عظيمة لها حجر وهو في حجر منها واخر في حجر اخري من رجل ثم ان
 المستاجر نقب على رب الدار قال هو سوا اياهما سرق من صاحبه مما يجب فيه
 القطع قطع ورواهما علي بن الجعد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة هكذا علي
 لفظ واحد اما ما سرقه المستاجر من المواجه ففيه القطع في قولهم اذا كان
 في بيت منفرد لانه لا شبهة له في الحرز ولا في المال ولما لا السرقة المواجه من
 المستاجر ففيه القطع عند ابي حنيفة لان المستاجر اخضر بالحرز من المالك
 الا ترى ان له ان تمنعه من دخوله فصار المواجه كلاجني ولان شبهة من الحرز
 ادون من شبهة السارق في المسجد الا ترى ان له حقيقته وليس لاحد منعه من
 دخوله وللمواجه ملك وهو ممنوع من الدخول فاذا كان حق السارق في المسجد
 لا يسقط القطع فحق المواجه اولى وجه قولها ان ملكه للحرز شبهة في ذروا القطع
 كملك المال ولان الملك في الحرز اكبر من الاذن في دخوله فاذا سقط الحد في
 الاذن في الدخول فالملك اولى قال فاذا كان في الدار بيوت فدخلها سارق واخذ من
 بعض البيوت شيئا قيمته عشرة دراهم فاخرجه من البيت الى الدار فلا قطع
 عليه حتى يخرج السرقة من الدار الى خارجها لان الدار الواحدة حرز واحد

وان اختلف بيوتها ولهذا قالوا في المودع اذا قبل له احفظ في هذا البيت فحفظ في
بيت اخر لم يضمن وبعد المال من بعض مواضع الحرز الى بعض لا يوجب القطع
بما لم يجره من الحرز قال وان كان في الدار حجر ومقاصير فسرق من مقصورة
منها فاخرجها الى الدار قطع ولذلك ان اغار بعض اهل تلك المقاصير على مقصورة
منها وسرق وخرج به الى صحن الدار قطع وذلك لان المقاصير المختلفة كل
واحد منها حرز على حياه فصار كالدور في محلة واحدة فاذا اخرجت
السرقه من دارها الى دار وجب القطع فكذلك هذا **باب**
ما يكون في حكم سرقة واحدة او سرقات
قالوا اذا دخل رجل دار الرجل فسرق من بيت منها درهما فاخرجه الى
صحنها ثم عاد فاخذ درهما اخر من البيت فاخرجه فلم يزل يفعل
ذلك حتى اخذ عشرة دراهم فان هذه سرقة واحدة فاذا اخرج
بالعشرة من الدار قطع وذلك لان صحن الدار منها فاخراج الشيء
اليه لا يكون سرقة وانما السرقة اخراجه من الحرز وقد اخرج
من الحرز جملة واحدة هي نصاب فيتعلق به القطع قال ولو كان خرج في كل
مرة من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرات لم يقطع لانها سرقات
وذلك لان كل خروج من الحرز غير الخروج الاخر فلم يضمن احد الفعلين
الى الاخر واعتبر بنفسه وسرقته ما دون النصاب لا يتعلق به
قطع قال وكذلك جماعة دخلوا دارا فاخرجوا من بيت من بيوتها
متاعا ثم بعد مرة الى صحن الدار ثم اخرجوا منها جملة واحدة فقطعوا

٢١٤
اذا كان ما اخرجوا يخص كل واحد منهم عشرة دراهم وان كانوا اخرجوه
منفرقا في كل مرة لا يخص ما اخرجوه في احدى المرات كل واحد عشر دراهم فالتقطع
عليهم وذلك لانهم اذا اخرجوا جملة في سرقة واحدة واذا تفرق الاخراج
في سرقات فكل منها معتبرة بنفسها وانما قلنا ان المعتبر في حال الاشتراك
ان يخص كل واحد منهم نصاب خلاف ما قال مالك ان المشتركين في سرقة نصاب
واحد يجب عليهم القطع لان كل واحد منهم سارق لما دون النصاب فكانه انفرق
به بذلك القدر ولان اخذ المال من بعض ففعل كل واحد منهم في حال الاشتراك
في قدر ما اصابه كفعله في حال انفراده وليس كذلك قتل الجماعة للواحد
لان الفضايل تتعلق باخراج الروح وهو معنى لا يتبع بعض فكل واحد منهم
كالفاعل لجميعه **فصل** قال وما اوجبنا القطع فان السارق لا يضمن
اذا قطع لا يجتمع عندنا ضمان وقطع وقال الشافعي يقطع ويضمن ما استهلكه
لما روي في حديث عبد الرحمن بن عوف ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا قطع
السارق فلا غرم عليه ولا زك ل احد يستقر به الضمان لا يتعلق بالبقاء عليه
القطع اصله اخذ الغاصب فلو احسب الضمان بهذا الاخذ لم يجتمع معه القطع
وقد استوفينا القطع فلم يجز اجاب ما ينافيه فاما اذا كانت العين قابضة
فانها ترد لان النبي صلى الله عليه وسلم قطع سارق رد اصفوان و رد
الرد اعليه ولان رد العين ليس فيه امر ينافي القطع فجاز ان يجتمع معه وفي
اجاب الضمان لمليك للعين المضمونة والمالك ينافي القطع فلم يجز اثباته مع
بنا فيه قال فان سقط القطع بشبهة ضمن وذلك لان اخذ مال الغير اذا حصل

بغير حق تعلق به الضمان وإنما يسقط بالمطالبة بالقطع فاذا اسقط
القطع بقي الضمان على ما كان عليه وقال ابن سماعه عن محمد بن لوافر جلا
سرق من رجل تسعة دراهم من منزله ثم اتى منزله له آخر فسرق منه درهما
او تسعة لم اقطعه لان هاتين سرقتين وذلك لان حرمة كل حرز غير حرمة
الحرز الاخر وهتك احدهما لا يخلو به القطع لا يعتد به في هتك
الاخر فبقي ان يعتبر كل حرز بانقراده قال ولو سرق عشرة دراهم لعشرة
انفس في موضع واحد قطعت له اسرقة واحدة وهي تبلغ عشرة
وان تفرق من يملكها وذلك لان كمال النصاب فيما يعتبر فيه النصاب
يعتبر في حق من يجب عليه الحكم المتعلق بالنصاب والموجب عليه هو
السارق وقد تم النصاب في حقه فتقصاته في ملك كل واحد من المسروق
منهم لا يؤثر لانه نقصان للنصاب في حق من لا يتعلو به الوجوب ولهذا جعلنا
الشركة في النصاب في الزكوات موثره لان النصاب يقتضي في حق من يتعلق
وجوه الزكاة به قال ولو كان عشرة انفس في دار كل واحد في بيت على حدة
فسرق من كل واحد منهم درهما قطعت بمعني لم يخرج بالجميع من الدار لان
الدار حرز واحد وقد خرج منها نصاب كامل والشركة في النصاب لا تعتبر
بها فوجب عليه القطع قال ولو كانت حجر كثيرة في دار عظيمة فسرق من
كل حجر اقل من عشرة دراهم لم اقطعه وذلك لان كل حجر حرز بانفرادها
عن الاخرى والسرقات اذا اختلفت اعتبر كمال النصاب في كل واحد منهما
وقد قال ابن رستم قال محمد في عشرة انفس سرقوا عشرة دراهم من رجل

واحد قال لا يقطعون ولو سرق واحد من عشرة لكل واحد منهم درهم قطعت
اذا كانت الدراهم مجتمعة وهذا على ما قدمنا ان السرقة يعتبر فيها النصاب
في حق السارق دون المسروق عنه قال ولو سرق قسما متفرقا من كل كيس
درهم من عشرة انفس قطعت ايضا اذا كان قد اخذها من قبل ان يخرج من
التقب لانه حرز واحد فاذا انفصل عنه بنصاب مسروق قطع قال محمد وان
سرق ثوبا قيمته تسعة دراهم فوضعه في باب البيت ثم دخل فاخذ ثوبا اخر
يساوي تسعة دراهم فاخرجه لم يقطع لانهما سرقتان وهذا على ما بينا انه
انفصل في كل مرة من الحرز ومعه اقل من النصاب واحد السرقتين لا تضاف
الي الاخرى **باب السارق محلث**
في السرقة قبل اخراجها ما يوجب الضمان عليه
قال ولو ان لصا دخل منزل رجل فاخذ منه ثوبا فخرقه في الدار فشقه
نصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم مشقوقا فانه يقطع
في قول ابي حنيفة وهي رواية الجامع الصغير ورواية علي بن الجعد عن
ابي يوسف عن ابي حنيفة وهشام عن محمد عن ابي حنيفة وبن سماعه
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وعمر بن ابي عمرو عن محمد عن ابي حنيفة
ويضمن السارق ما نقص الشئ للثوب وهذا قول ابي يوسف في
رواية بن سماعه وقول محمد مثل قول ابي حنيفة ولا اعلم منه خلافا
قال الطحاوي قول محمد اي لا يقطع في شيء من ذلك وروي بن سماعه
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه لا يقطع في الثوب وقال ابو يوسف

لا يقطع استحسانا وجه رواية الاصول انه لما سرق الثوب ثم اخرج
وقيمته نصاب كامل فكانه سرقة على هذه الصيغة فوجب الضمان
عليه في الجزء المتلف كاتلاف ثوب اخري الحرز ولو ان سارقا استهلك
من الحرز ثوبا واخرج ثوبا قيمته عشرة دراهم قطع فذلك هذا
وجه الرواية الاخرى ان الضمان قد وجب بشقة الثوب وثبت للمالك
حق التضمن وذلك شبهة في سقوط القطع وانما جمع ابو حنيفة في الرواية
الرواية المشهورة بين القطع وضمان الشئ لانه انما قطع في نقبة الثوب
ولزمه الضمان في الجزء المتلف والمعني المانع من الضمان انه يملك به
النصاب فيصير القطع في ملكه وهذا المعني لا يوجد اذا ضمن مقدار
النقصان وقد قالوا لو اخطأ صاحب الثوب ان يسلم الثوب الى السارق
ويلزمه قيمته لم يقطع لانه يملكه بالضمان ولا يقطع فيما هو على ملكه
وقال ابن سماعة عن ابي حنيفة في السارق اذا حرق الثوب تجزئيا يصير به
مستهلكا وقيمته بعد تحريقه عشرة انة لا قطع عليه في قول ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يقطع وذلك لان الحرق اذا استهلك به
الثوب استقر الضمان الا ان تختار المالك البراءة منه فلم يجز اجاب
القطع مع استقرار الضمان والرواية التي ذكرها عن ابي يوسف
تضاد الاولى لانه اذا لم يقطعه في الحرق الذي لم يستهلك فيها
استهلك اولى واما اذا دخل الحرز فذبح الشاة ثم اخرجها فلا قطع
عليه عند ابي حنيفة ومحمد لانه صار لحما في الحرز وسارق اللحم لا قطع

عليه وعلى قول ابي يوسف في الرواية المشهورة يسقط القطع بعلمتين
احديهما وجوب الضمان عليه بالذبح كما قال في تحريق الثوب والاخرى
كونها لحما لا قطع فيه فاما على الرواية الاخرى التي قال انه يقطع في اللحم
وفيما يسرع اليه الفساد فانه لا يقطع لعلة واحدة وهي وجوب الضمان
وقد ذكر ابن سماعة عن ابي يوسف قال اذا كان اللحم يساوي عشرة دراهم
قطعه وهذا على الرواية التي قال فيها انه اذا شق في الثوب قطع فيه
فذلك اذا ذبح الشاة واللحم عنده مما يقطع فيه **باب**
السارق يحدث في السرقة بعد اخراجها
من الحرز قالوا اذا قطعت يد السارق والسرقة قائمة بعينها
في يديه ردت على صاحبها وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد
ما اخذت حتى ترد وقوله من وجد غنمها له فهو احق به ولان النبي صلى الله
عليه وسلم رد رد اصفوان وقطع السارق فيه قال وكذلك ان كان السارق
ملكها رجلا بوجه من الوجوه يبيع او صدقة او هبة او تزوج عليها
او كانت السارق امرأة فاحتلعت بها وعلى اي وجه ملكها وهي قائمة
في يد المملك فهي ترد على صاحبها وهي على ملك المسروق لم تخرج منه
وتمليك السارق فيها باطل وذلك لان القطع لا يوجب ملك العين فاذا
ملك ما لا يملك لم يصح تمليكها فوجب رد العين قال وكذلك لو فعل ذلك
بعد القطع فذلك كله باطل لان القطع لا يوجب ملك العين فتمليكها
بعد القطع كتمليكها قبله فان هلك في يد المشتري وقد كان السبيع

قبل القطع او بعد فلا ضمان على السارق ولا على القابض روي ذلك
بشروعي عن ابي يوسف في مسألة تارتخها عند بشر سنة ثمان
وسبعين ومائة وذلك لان السارق لو ضمن لملك السرقة زوجة
الاخذ فوق القطع لما هو على ملكه وذلك لا يجوز فاما المشتري
فلو ضمن لرجع بالضمان على السارق وقد بينا ان ضمان السارق لا يجوز
فكذلك لا يجوز تضمين من يرجع اليه قال ولو كان يبتاع المسروقة
فاما بعينه عند الغاصب وهذا انما يعني به اذا كان المتاع
فاما في بدل الغاصب عند القطع وهلك بعد فلا ضمان للسارق
لانه ليس بمالك للعين ولا ضمان للمالك لان العين صارت في حكم ما
ليس بمقوم بدلالة ان السارق لو استهلكها بعد القطع لم يضمن
من الرواية المشهورة فلم يتعلق على غاصبها ضمان وقد كان الاول
ان لا يضمن الغاصب لانه لا يرجع بالضمان على السارق فيودي ذلك
الي ما بيننا في القطع وليس بممتنع ان لا يجب الضمان على السارق لو
هلك العين في يده وتجب على الغاصب منه كالوديعة وقال
ابن رستم عن محمد في السارق اذا استهلك المتاع بعد القطع
لم يكن عليه ضمان وقال الحسن في سياق روايته عن ابي حنيفة
اذا قطع والمتاع عنده ثم استهلكه يبيع او هبة ضمن قيمته
وان هلك او سرق لم يكن عليه شي وجه الرواية الاولى وهي الاصح
عنهم ان الضمان بالاستهلاك يوجب ملك العين المسروقة بسبب

سابق فيودي الى اجاب القطع فيها هو على ملكه وجه رواية الحسن ان العين لم يملكها
السارق بالقطع وقبضه خرج من ان يتعلق به الضمان فصارت العين كالامانة
فان هلكت لم يضمن وان استهلكها ضمن ولانها ملك للغير في يده بدلالة ان الرد
واجب ومالك الغير اذا استهلكه مستهلك ضمنه قال وان وجد في يد غيره فله
من اللص وهبها او بيع منه باعها اياه قبل الحسن ثم قطع كان لصاحبه ان ياخذ ويرجع
لما خوذ على السارق بالثمن الذي كان اشتراه به وذلك لان الرجوع لا يودي الى اجاب
الضمان على السارق الا ترى ان المشتري لا يرجع عليه بالقيمة وانما يرجع عليه بالثمن
الذي قبضه فلم يكن في ذلك ما يودي الى تضمين السارق على وجه ينافي القطع قال كذلك
لو كان المشتري او الموهوب له قد استهلكه كان لصاحبه ان يضمنه القيمة ويرجع
المشتري على السارق بالثمن وذلك لان اجاب الضمان على المشتري من السارق لا يودي
الي تضمين السارق العين وانما يرد الثمن الذي قبضه وهذا لا ينافي القطع قال ولو
سرق ثوبا وصبغه بعصفر او زعفران او صبغ يكون زيادة او قطعه وخاطه
فقيصا او قبا او جعله جبة وبطنها وكلما كان من هذا لو كان غصبا في يده
ففعليه مثل ذلك لم يكن للمغضوب عليه سبيل وكان على الغاصب قيمته
او كان مما للمغضوب ان ياخذ ويعطي ما زاد الصبغ فيه فانه يقطع في ذلك كله
في قولنا ابي حنيفة ولا ضمان على السارق ولا سبيل للمسروق عليه فاما ابو يوسف
ومحمد فقالا في النقصان كما قال ابو حنيفة ولا يضمن السارق النقصان والزيادة
على وجهين ما كان ليس للمغضوب عليه سبيل مثل الثوب يقطعه الغاصب
وتخيطه فهو كما قال ابو حنيفة وما كان للمسروق منه ان ياخذ ويعطي الزيادة

مثل الصبغ فان المسروق منه ياخذ ويرد على السارق ما زاد الصبغ ويقطع
السارق روي ابو يوسف هذا وبشرى علي قال ابو يوسف هذا استحسان
والقياس ما قال ابو حنيفة وروي قول ابن سماعه جملة هذا ان ما خلت السارق
في العين المسروقة علي وجهين اما ان يكون نقصا او زيادة فان كان نقصا
قطع ولا ضمان عليه وردت العين وذلك لان نقصان العين ليس باكثر من
هلاكها ولو هلكت وجب القطع وسقط الضمان فكذلك اذا هلك بعضها
وجب قطع ولا ضمان فاما اذا انضمت السرقة بالزيادة فمضى علي وجهين
اذا كانت تلك الزيادة تسقط حق المالك عن العين كالقطع والخياطة قطع
السارق ولا سبيل للمالك علي العين في قولهم ولا ضمان لان العين زالت
عن ملك المسروق منه والتضمين متقدر لاجل القطع وصار ذلك
كالاستهلاك واما الزيادة التي لا تقطع حق المسروق منه عن العين
كالصبغ فقال ابو حنيفة يقطع السارق ولا سبيل علي العين المسروق
منه وقال ابو يوسف ومحمد ياخذ المسروق منه الثوب ويعطي ما زاد
الصبغ فيه وجه قول ابى حنيفة انه لا تخلوا اما ان يضمه الثوب
او يرد الثوب ويضمن المالك الزيادة ولا يجوز تضمين الثوب بعد
القطع ولوردنا الثوب صار السارق شريكا فيه بسبب تقدم
علي القطع والشركة في العين المسروقة مسقط للقطع ابتداء
فاذا حصل القطع لم يجز اثبات ما ينافيه وليس كذلك اذا صبغه
السارق بعد القطع لان الشركة بعد القطع لا يسقط القطع كما لو

باع للمالك بعض الثوب من السارق وجه قولها ان للمالك في الصبغ تخيير بين تضمين
الثوب وبين اخذه وضمان الزيادة وقد تعذر تضمين الثوب بالقطع ومن خير
بين امرين فتعذر احدهما تعين الاخر قال ابو حنيفة ولا محل للسارق ان ينتفع
به بوجه من الوجوه وذلك لان الثوب علي ملك المسروق منه وانما تعذر
الرد والتضمين من طريق الحكم فلا محل للسارق للانتفاع بما لم يملكه وكذلك
في مسألة الثوب اذا خاطه لا يحل له ان ينتفع به لانه ملكه بوجه محظور
لم يرد بدله وليس اذا لم يقض عليه بالرد او بالضمان انحاله الانتفاع
بالعين كما قالوا في المسلم اذا دخل دار الحرب با ما نأخذ شيئا من اموالهم
فهذا لم يحكم عليه برده ولزمه ذلك فيما بينه وبين الله وكذلك البغاة
اذا سبقوا اموالنا ثم رجعوا لم يحكم عليهم بالضمان واقتيناهم فيما
بينهم وبين الله وقالوا في الحر اذا اخذ شيئا من مالنا ثم اسلم لم يلزمه
رده لانه ملكه بالاخذ ثم اسلم عليه قال ابن سماعه عن محمد في السارق
اذا قطعت يده في السرقة وقد استهلكها فاني امر فيما بينه
وبين الله تعالى ان يرد قيمته ما استهلك واذا كنت لا اقضي عليه
بذلك لان القضا يودي الي الاجاب ما ينافي القطع ولكنه يفتي بالرد
لانه اتلف ما لا محظور اغيره وقال وكذلك قطاع الطريق اذا
استهلكوا المال ثم اقيم عليهم حد قطاع الطريق فاني اقتصم بردية
ذلك او مثله فيما يكون عليهم مثله لانه استهلك ما ليس له وهذا
على ما بينا قال وكذلك قاطع الطريق اذا قتل رجلا بعصا فاني امر ان

يودي ديته اليه يعني بذلك اذا جابسا فبطل عنه الحد لانه قتل نفسا
بغير حق قال ولو قتل الحر في مسلما بعصا ثم اسلم فاني لا افتيه بدفع قيمة
المقتول اليه وليه لان القتل وقع غير موجب للضمان فلم يجب نظرو الاسلام
فاما الباعى وقاطع الطريق فعليهم الضمان لان فعلهم وقع موجبا للضمان
بدلالة ان الحد لو سقط ابتداء بشبهة وجب الضمان فاذا سقط الحكم
به لاجل الحد بقي ما بينه وبين الله تعالى **باب**
ما يجب في سرقة القطع وما لا يجب قال ابو الحسن
قد قدمنا الرواية عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع في تمر
ولا كنز والتمر ما في رؤس النخل والشجر ولا قطع فيه ولا في حنطة في
سنبها ما لم تحصد وان كان على ذلك حايط قد استوثق منه ومعه
حافظ فانه لا قطع فيه وهذا على ما قدمنا ان التمر على رؤس النخل مما
يسرع اليه الفساد فلا يكمل معنى المال فيه وقد روى ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في تمر متعلق حتى يابويه الحرز والسنبيل
ما لم يحصد في حكم التمر المتعلق لا تضاله باصله ولا فرق بين الحرز وغير
الحرز لان القطع يسقط المعنى فيه قال وكذلك ان سرقة من الحايط نخلة باصلها
فلا شيء فيه لقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في تمر ولا كنز وقد قيل في التفسير
ان الكنز النخل الصغار ولان النخل يوجد اصله في دار الاسلام مباحا فانها
فلا يقطع فيه قال فان احرز التمر وجعل في حضية وعليها باب او حنطة قد
حصدت فجعلت في هذه الحضية فان سارقه يقطع وان لم يكن معه من يحفظه

فلا قطع على من سرقه وان كان صاحبه نائما عليه يحفظه وكان محصودا
في غير حضية فان سارقه يقطع وهذا محمول على ان التمر حرز بعد
استحكامه حتى صار بحيث لا يلحقه الفساد يكمل معنى المال فيه فاذا
سرق من حرز قطع قال وكذلك ما سرق من الغنم والابل والبقر
والخيل من مراعيها وان كان الراعي معها فلا قطع فيه لقوله جميعا
فان كانت تاوي بالليل لا حايط قد بني لها عليه باب ومعه حافظ
اوليس معها احد غير ان الباب مغلق وكسر الباب ثم دخل فسرق
بقرة قادها قودا حتى اخرجها او ساقها سوقا حتى اخرجها او
ركبها حتى اخرجها فانه يقطع لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه سئل عن حريسة الخيل فقال غرامة مثلها وجلدات نكال
فاذا او المراح وبلغت تمن المجن فقيها القطع ولان المقصد يكون
المواشي في المراعي ليس هو الحفظ وانما المقصد واحد المال الذي ليس
محفوظا لا يتعلق به القطع **فصل** وجلة مسايل
هذا الباب مبنية على مسلتين احدها سرقة ما يسرع
اليه الفساد فقال ابو حنيفة ونحوه لا قطع فيما يسرع اليه الفساد
مثل الطعام الرطب والفاكهة الرطبة والبقول وروى ابن
سماعة عن ابي يوسف انه قال يقطع في الطعام كله رطبه
ويابسه وفي البقول كلها وهي رواية الحسن بن زياد عنه
وروى ابن ابي مالك عن ابي يوسف انه قال لا قطع في الخبز

ولا في الزبد ولا في الفاكة التي لا تبقى في ايدي الناس وجه قولها
ما روى الحسن ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في طعام ولا في
البتول وما في معناها تافهة بدليل ان القادر على احدها يتركها
مع القدرة على اخذها وقد قالت عائشة كان لا يقطع على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه ولا تها لم تبقى بعمر معني المال فيها
ونقصان معني المال كنقصان قدره فيمنع من وجوب القطع ولان
الحدود بحسب المقصود من كل نوع والمقصود من السرقة ليس
هو ما لا ساعا فلم يتعلق به الحد وجه قول ابي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم
عليه ولم لعز الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ولانه مال
يباع ويشترى كسائر الاموال واما المسئلة الثانية فقال ابو
محمد كلما يوجد جنبه مباحا فيها في دار الاسلام لم يجب فيه
القطع وقال ابو يوسف يقطع وجه قولها قوله صلى الله عليه وسلم
لا قطع في ثمر ولا كنز وقد قيل في الكثر انه النخل الصغار وقيل الجمار
والمعنى فيه انه يوجد مباحا فيها في دار الاسلام ولان الاغراض
تختلف باختلاف المقادير كما تختلف باختلاف الاجناس فاذا كان في
المقادير ما لا يقطع فيه وجب ان يكون في اجناس الاموال ما لا يقطع
فيه وجه قول ابي يوسف ان هذا ممتول ببيع ويشترى كسائر الاموال
قال ولا قطع في طير ولا صيد بر ولا خمر وحشيا كان او غير وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد وروى عن ابي يوسف انه قال يقطع في كل شيء

218
الا الطير والتراب والسرقة قال اصحابنا وكذلك يجب ان يكون
الما وجه قولها ما روى الثوري عن جابر بن عبد الله الجهني قال
سرق رجل دجاجة فرفع الي عمر بن عبد العزيز فاراد ان يقطعه
فقال ابو سمل بن عبد الرحمن سمعت عثمان يقول لا قطع في الطير
فتركه وعن علي بن ابي طالب وليس لها مخالف ولان جنبه يوجد مباحا
تافها في دار الاسلام فصار كالتراب وجه قول ابي يوسف
انه ممتول كسائر الاموال وقد روى بن سميعة عن ابي يوسف
عن روح بن عطاء الثقفي ان عثمان قال لا قطع في طير وان عليا
رضي الله عنه قال لا قطع في طير قال وكذلك ما صيد من الجوارح
فلم تضاد صيودا فلا قطع على سارقته وهذا ما بينا ان جنبه
يوجد مباحا فيها في دار الاسلام وقال بشر بن ابي يوسف
في الاملا قال ابو حنيفة لا قطع في السمك كما كان او طريا وذلك
لانه يوجد مباحا فيها الا ان القادر عليه يترك اخذه مع القدرة
وكان يقطع في الفاكة اليابسة التي تبقى في ايدي الناس لقوله
صلى الله عليه وسلم حتى ياويه الجرين والجرين في العادة ينقل
اليه الثمار بعد استحكامها قال وروى بن رستم عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة انه قال لا قطع في الفاكة اليابسة
واجراها مجري السمك فلما لم يقطع في رطبها لم يقطع في يابسها
والصحيح من الرواية وجوب القطع لان الفاكة لا توجد

مباحة نافهة وانما يسقط القطع في رطبها لانه لا يبقى وقال بشر
عن ابي يوسف كان ابو حنيفة يقول لا اقطع في بقل ولا زحان
رطب وكان يقطع في الحنا وما اشبهه وذلك لان الحنئ لا يسرع
اليه الفساد فهو كالفاكهة اليابسة قال ولا يقطع في شيء من
الحطب والخشب ما خلا الساج والقني وذلك لان جنس الخشب يوجد
في دار الاسلام مباحا وانما على الاصل الذي قد منا فاما المساج
والقني والابنوس والصندل فلا يوجد جنسه في دار الاسلام
مباحا وانما يوجد في دار الحرب والاباحة في دار الحرب لا معتبر بها
الا ترى ان جميع الاموال مباحة هناك وان وجب القطع فيها
في دارنا قال وان صنع الخشب او الحطب بابا او انا قطعته وذلك
لانه بالصناعة والتأليف خرج من حكم اصله وصار في جنس
اخر الا ترى ان العمل غالب عليه وهو على هذه الصفة لا يوجد
مباحا فتعلق به القطع وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة لا قطع
في اللحم وذلك لانه ما يسرع اليه الفساد وقال ابن سماعة عن ابي
يوسف لا قطع في التراب والطين والجص والنورة والزرنيخ واللبن
والاجرو والنخار والزجاج وان كان محرزا وروى عن محمد عن ابي حنيفة
في الزجاج في الاصل وقال ابو يوسف اقطع في ذلك كله ما خلا التراب
والطين والسرقتين وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة لا قطع في
شي من الحجارة والمعصرة والحل والملح والقندس ^{والنخار} والزجاج وذلك

لان

لان جنس هذه الاشياء يوجد في دار الاسلام مباحا فاما اذا عمل
فيه القطع ومن اصحابنا من سوي بينهما وقال لا اقطع فيه لان معنى
المال فيه ناقص الا لري ان الكسر يسرع اليه فصار في حكم ما لا يبقى قال
بشر عن علي ابي يوسف عن ابي و يقطع في الجوهر كله وفي اللؤلؤ وقال
ابن سماعة عن ابي يوسف قال ابو حنيفة وانما الياقوت والزمرد
والغير وزج فانه يقطع فيه اذا ساوى عشرة دراهم وذلك ولانه
وان وجد مباحا في دار الاسلام فلا يوجد تافها الا ترى ان القادر
على اخذه لا يترك مع القدرة عليه فصار كالذهب والفضة وقال
في سارق للصليب الفذهب او الفضة وهو محرر لا قطع عليه
وذلك لان الصليب مادون في اخذه لكسره وكذلك الصنم من الذهب
واذا كان له في الاخذ شبهة لم يقطع فيه فاما الدراهم التي عليها
التماثيل يقطع فيها لانها ليست معدة للعبادة فلا شبهة في
اخذها وقال ابن رستم عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في ذمي ليرق
خمر لم يقطع لان معنى المال فيها ناقص الا ترى انها مال عندهم
وليس عندنا بمال ونقصان معنى المال سقى القطع فاما
الصليبان والاصنام فلا قطع فيها لما قد منا قال ابو يوسف
في الصليب اذا كان في مصلاهم فلا قطع فيه لانه بيض ما دون
في دخوله وان كان في بلد رجل منهم محرزا قطع فيه لانه مال يباع
ويشتري وقال هشام عن محمد بن سرق شطرنج ذهب قال

لا قطع فيه وذلك لانه تناول اخذه للكسر والمنع من اللعب به والشبهة
اذا تمكنت في الاخذ منعت من القطع قال ابن رستم عن ابي يوسف عن ابي
حنيفة فيمن سرق صحفا فيها شعرا وعربية او حديث فلا قطع فيه
وقال ابو يوسف اذا كان المصحف يساوي عشرة دراهم لم يحرم الكتابة
قطعت فيها وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان المقصود من المصحف ما فيه
وهو كلام الله تعالى ليس بمال والمقصود من السرقة اذا لم يجب فيه
القطع لم يتعلق القطع بغيره كمن سرق صديقا عليه حلي ولا ان
المصحف يختلف في كونه مالا الا ترى ان من منع من بيع المصاحف
اخرجها من كونها مالا وما اختلف في كونه مالا لم يتعلق به قطع
ولانه ما دونه في اخذها عند الحاجة الا ترى انه اذا احتاج الى طلب
العرازم بجز منعه منها والاذن في الاخذ يمنع وجوب القطع وعلى
هذا جميع الدفاتر لان المقصود ما فيها وليس بمال فاما دفاتر
الحساب فقيها القطع لان ما فيها يقصد بالاخذ وانما المقصود
الكاغذ فاذا كان مضابا قطع فيه وعلى هذا دفاتر البياض يقطع
فيها لانها هي المقصودة وهي مال وجه قول ابي يوسف ان المصاحف
مال يباع ويشترى وتجربته كسائر الاموال قال بشر عن ابي
يوسف كان ابو حنيفة يقطع في الحبوب كلها والادهان والطيب
العود والمسك وما اشبهه وذلك لان هذا ممتول لا يسرع اليه
الفساد ولا يوجد جنسه مباحا فها وقال في الحل القطع ولا اعله

الاخذ

الاقول ابي حنيفة لان الحل مما يسرع اليه الفساد وقال ابن سميعة عن
ابي يوسف قال ابو حنيفة اذا سرق قطنا او كانا او صوفا قطع لان
هذا ممتول لا يسرع اليه الفساد ولا يوجد مباحا فها وقال في
الاصل اذا سرق غنطة او شعيرا او دقيقا او سويقا او سمنا او تمرا
او زيبيا او زيتا او بزرا او خلا قطع وكذلك جميع سائر الحبوب وسائر
الادهان وسائر الامتعة الملبوسة والمفروشة وكذلك الاواني
من الحديد والصفرة والشبه والرصاص والخشب وجميع ما
يصنع منه من الاواني والابواب والظروف مثل الصناديق
والثخوت وغير ذلك من الالة التي يتخذها الناس من الخشب
والساج والانبوس والعاج وذلك لان هذا مال ممتول لا يسرع
اليه الفساد ولا يوجد مباحا فها في دار الاسلام فاما العاج فشبه
من بعد قال وكذلك لو سرق الخمار نفسه او الرصاص او الصفرة
او الحديد وذلك لان الصفرة والحديد وان وجد جنسه مباحا فلا
يوجد ثمنها وانما يستخرج من المعادن ويتعلق به حق الله تعالى
كالذهب والفضة قال ولا يقطع في نواحي وذلك لان العصب
يوجد مباحا فها في دارنا والصنعة الحاصلة فيه بالتأليف
ليست غالبة على اصله فكانه سرق قصبا من غير تأليف قال
ويقطع اذا سرق شعرا من شعرا العنم او مرغزي او ادماعربيا
او صحفا او قراطيس او سكاكين او مقاريض او ميرانا او حربا او ارسانا

وهذا على ما قدمنا ان كل متمول لا يوجد جنسه مباحا ولا يسرع اليه الفساق
يتعلق به القطع اذا بلغ قيمته نصابا وقال في الاملا في الزعفران والورس
والعود والعنبر والخنا والوشه والكم وغير ذلك من الطيب القطع
وقد بيناها وقال ابن رستم عن ابي يوسف عن ابي حنيفة لا قطع في عصف
ولا اهليلج ولا اشنان ولا في لحم لان العصف والاشنان والحم يوجد
في دار الاسلام جنسه مباحا فافلا يقطع فيه فاما الاهليلج فلا يوجد
جنسه مباحا في دار الاسلام ولا يسرع اليه الفساد ففيه القطع ويجوز
ان يكون ابو حنيفة ظن انه يوجد في دار الاسلام فاجر لم يجز في العصف
والحم فيه يتبع هذا المعنى وقد روي بشر عن ابي يوسف انه قال لا قطع
في العصف والاهليلج والادوية اليابسة كلها وهذا على اصله وقال
هشام سالت محمدا عن شطرج ذهب سرقة انسان قال لا اقطعه
واضمنه دينامثلها يعني مثل وزنه وقد بينا هذا وقال لا اقطع في الرخام
والحجارة والاجر والفخار وقد بيناه قال ولا اقطع في اللولو والياقوت
وهذا مخالف لما قدمنا وجهه ان اللولو والياقوت يوجد مباحا
لا يتعلق باخذه حق فصار كالصيد حال ولا اقطع في العاج مالم يعمل
منه شيء فان عمل منه شيء قطعت فيه وكان اصحابنا يقولون يجب ان
لا يقطع في معمول العاج مالم يعمل منه فان عمل منه شيء قطعت فيه
وكان اصحابنا يقولون يجب ان لا يقطع في معمول العاج وغير معموله
لانه مختلف في كونه مالا لا تزي ان من الفقهاء من يمنع من الانتفاع

٢٤١
به ومن جواز بيعه فعلى هذا يجب ان لا يقطع في معموله الا ان يكون ابو حنيفة
لم يعرف هذا الخلاف معتداه وكانوا يقولون ينبغي ان يكون هذا الجواب
في العاج الذي من عظام الهمال فلا يقطع في غير المعمول لانه يوجد مباحا
نافعا ويقطع في معموله لان الصناعة تغلب عليه فيصير كالخشب
اذا عمل وقال محمد لا اقطع في طعام لا يبقى ولا في اللحم الطري ولا الضعيف
قال هشام فقلت له اللحم المالح قد يبقى طويلا لا اقطعه فيه وذلك لان
اللحم الضعيف يسرع اليه الفساد ولا يبقى كبقا الفواكه ولانه قافه
بدلا لانه ان القادر عليه يترك اخذه مع القدرة عليه قال هشام عن
محمد في جلود السباع المدبوحة لا قطع فيها فان جعلت مصليات
او بسطا قطعت فيها وهذا يدل على انه لم يعرف الخلاف في ان جلود
السباع لا تظهر بالذكاة ولا بالدباغ فاذا لم يعتد بهذا الخلاف مالم
يعمل فهي مزاجت الصيد فلا يقطع فيه وانما عمل غلبت عليها الصناعة
فقطعت فيها قال هشام سمعت محمدا يقول ليس في الدجاج ولا البط
ولا الاوز قطع وهذا على ما بينا من سقوط القطع في الطير قال محمد
لا اقطعه في نصب النشاب فان اخذ نشابا قطعت فيه وذلك لان
نصب النشاب يوجد مباحا فافاذا اخذ نشابا غلبت الصناعة
عليه فصار كالخشب اذا عمل وذكر في رواية الحسن عن زفر انه لا قطع
في نبيد تمر او نبيد زبيب او طلامطبوخا او سرقلينا فانه لا يقطع
وهو قول ابي حنيفة وبه يأخذ الحسن وذلك لان النبيد مختلف في اباحته

واختلف في كونه ما لا فلا يتعلق به قطع فاما اللين فلان الفساد يسرع
اليه وقال بشر عن ابي يوسف في نوادره قال ابو حنيفة لا يقطع
في القرون معمولة كانت او غير معمولة وقال ابو يوسف فان كانت معمولة
وهي تساوي عشرة دراهم قطعت ولا يقطعها اذا كانت غير معمولة
وهذا الخلاف يجب ان يكون لاختلاف السؤال فاجاب ابو حنيفة في قرون
الميتة لانها مختلفة في كونها ما لا فلا يجب فيها القطع كالفاجا بـ
ابو يوسف علي قرون المذكورة فليوجب فيها القطع لانها من اجزا
الحيوان ووجب في معمولاتها كما يجب في معمول الخشب **باب**
من لا يقطع السارق فيه قال ولا يقطع
علي سارق من ذي رحم محرم منه كاي من كان اما مسرقه الوالد
من ولده فلا يقطع فيه بالاجماع لان الاب له شبهة ملك في مال
ولده ولهذا قال صلى الله عليه وسلم انت ومالك وابيك وشبهة الملك
تمنع من وجوب الحد ولان مال الولد مضاف الي الاب بانه كسبه بدلالة
قوله صلى الله عليه وسلم ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه وان اولادكم
من كسبكم فكلوا من كسب اولادكم وما اضيقنا اليه بانه كسبه
لم يقطع فيه كمال نفسه واما سرقة الولد من الوالد فلا يقطع فيه
لان بينهما اولاد فصارت سرقة الوالد من الولد واما من سواهما
من ذوي الارحام فلا يقطع علي من سرق من ذوي الرحم محرم كان بينهما
رحمهما كاملا كالابوة والبنوة ولان بينهما باسط في العادة كما بين الوالد

266
والولد وكذلك اذا سرق احد الزوجين من الاخر لان بينهما سبب
يوجب التوارث مع الولد فصارت كالوالدين قال ولا علي خادم اذا
سرق ممن يخدمه ولا علي خادم زوجة اذا سرق من الزوج ولا علي
خادم الزوج اذا سرق من الزوجة لانه ما ذون له في دخول الخبز
ولان رجلا حمل عبدا الي عمر بن الخطاب فقال ان هذا عبدي سرق
مزاد لزوجتي فقال عبداكم اخذ ما لكم لا يقطع عليه قال ولا علي
من سرق من بيت المال ولا من الخمس وذلك لان السارق حقا فيه
فصار كالسارق للمال المشترك قال ومن سرق من ذي رحم محرم
منه من الرضاع يقطع في قول ابي حنيفة ويحد وقال ابو يوسف
لا يقطع الا ان يكون سرق من امه من الرضاعة وجه قولها ان
الرضاع يوجب التحريم ومجرد التحريم لا يوجب منع القطع كمن سرق
من امرأة قد كان وطئ ابنتها ولان هذا النسب الذي هو الامومة من
الرضاع لو منع القطع لم يفت الاخوة من الرضاع كالنسب وجه
قول ابي يوسف ان ابن المرأة من الرضاع يقطع في منزلها في العادة
فصار كالابن من النسب واما الاخت من الرضاع فلا يقع البسط
في منزلها فكذلك وجب القطع قال ولا يقطع علي من سرق في دار
الاسلام من حربي مستقام استحسننا والقياس ان يقطع لان ماله
يخطر بالامان كالدمي وجه الاستحسان ان الخطر في ماله موقت
والاباحة موجلة والتأجيل في الحق لا يمنع من ثبوته في الحال واذا كان

معنى الاباحة قائم في المار مع وجوب القطع وليس كذلك مال الذي لانه
محظور على التابيد كمال المسلم الا الاضمان واجب في مال الحربي لان السارق
تناول في دار الاسلام مالا محظورا وانما سقط القطع للشبهة والضمان
لا يسقط الا بالشبهة قال ولا قطع على رجل سرق من عبده المادون وعليه
دين يحيط به وبما في يده وهنا ظاهر على قول ابي يوسف لانه ما لك
عند ما في يده فاما على قول ابي حنيفة وان كان لا يملك الا ان المادون
لا يملكه ايضا والغرماء لا يملكون والمولى حكم الملك بدلالة انه يقدر
على تملكه بقضا الدين ولا يقدر الغرماء على تملكه باختيارهم فصار
المولى اقرب الى هذا المالا فلم يقطع فيه قال ولا يقطع في سرقة من
مكاتبه وذلك لان ما في يد المكاتب موقوف عليه وعلى مولاه والمال
الذي يقف ملكه على الانسان لا يقطع فيه كاحد المتبايعين اذا سرق
ما شرط فيه الخيار قال ولا يقطع في سرقة من مولاه مكاتب كان العبد
او مديرا او احزا عليه دين ولا على ام ولد سرق من مولاهما
قد منا من حديث عمر انه قال عبيدكم سرق متاعكم لا قطع عليه
ولان هؤلاء على ملك المولى فلا يقطع ماله لاجل ماله ولا يتم تبسطون
في منزله في العادة ويدخلون للخدمة والتبسط في الحرز يمنع من
القطع قال فان سرق رجل من امرأة ابيه او من زوج امه او من
ابن امراته او من ابنتها او امها فلا قطع عليه وكذلك امرأة ابنه
وكذلك ابن امراته وابنتها وقال ابو يوسف يقطع في ذلك كله غير

امراته

امراته وابنتها وقال ابو يوسف يقطع في ذلك كله غير امراته بعد
ان سرق ذلك من غير منزل السارق او منزل ابنه او امه وجملة هذا ان
السارق اذا سرق من هؤلاء منهم ٢ منزل من يضاف السارق اليه لم يقطع في
قولهم لانه مادون في دخول منزل ابنه وامه فخرج المنزل ان يكون حرزا في حقه
واما اذا سرق ما لمهر من منزل اخر لم يقطع عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يقطع وجهه قول ابي حنيفة انه لو سرق من المضاف اليه لم يقطع فاذا سرق
من المضاف لم يقطع اصله العبد اذا سرق من ابن مولاه او من امرأة مولاه
وجه قول ابي يوسف انه لا يراه بينه وبين امراته وابنته وامراته
وامها ولا زوجته فصارا كالا جانب وليس كذلك عبدا لانه مال الاب
ففي قطعه الحاق ضرر بالاب فكذلك اعتبر حكمه حكم الاب قال ولا قطع على
الرجل يسرق من مطلقه وهي في العدة والمطلقة تسرق من مطلقها وهي
العدة ثلثا كانت او مطلقة او هي في رجعتها او خلع او مباراة وذلك لان العدة
اثر من اثار النكاح فصار بقاؤها كبقا النكاح ومعلوم ان النكاح بقاء
يمنع القطع على ما قدمنا فكذلك اشره يصير شبهة قال ولو ان رجلا
سرق من منزل غريم له دراهم لم يكن فيها قطع وهي قضا من حقه اذا كان
عليه مالا فاذا كان الى اجل فانه يقطع اذا صححت هذا الكلام ولكن اودعه
واستحسن وادرا الحد وذلك لان السارق اذا اخذ من جنس حقه صار
صار قضا صا حقه اذا كان حالا لا يري انه لا يجبر على رده والاخذ المستحق
لا يتعلق به وجوب القطع فاما اذا كان دينه موجلا فالقياس ان يقطع لانه

أخذ بغير حق فصار كمن لا دين له والاستحسان أن لا يقطع لأن الدين الموجل
ثابت في الحال فيصير بثبوته شبهة في دري القطع عن الأخذ قال وكذلك لو سرق
أكثر ما عليه وذلك لأن مقدار دينه لا قطع فيه فإذا سقط القطع في بعض
المال المأخوذ سقط في باقيه كمن سرق مالا مشتركا قال أبو يوسف ولو سرق
الراهن رهنه من بيت المرتضن لم أقطعه لأنه ملكه وشبهة الملك يسقط
لحد نفس الملك أولى أن يسقط قال ولو كان الرهن في يد عدل فسرقه
الراهن أو المرتضن فلا قطع علي واحد منهما أما الراهن فلما بينا أنه ملكه
وأخذ الإنسان لملكه لا يتعلق به قطع وإن خطر عليه الأخذ كما لا يجب
عليه الحد بوطي الملك وإن رجع عليه الوطي وأما المرتضن فلأن يد العدل
قائمة مقام يده لا تزي أنه تملك لحقه فصار كالمودع إذا أخذ الوديعة
من المودع قال ولو سرق رجل من غريم له ودينه عليه دراهم أو دنانير
والسرقة متاع في مثله يقطع قطعه وكذلك لو كان الحق دراهم فسرق
دنانير أو دنانير فسرق دراهم وذلك لأن هذا الأخذ لا يكون قضا صا
فصار أخذا بغير حق فتعلق به القطع وهذا يدل على أنه لم يعرف الخلاف
الذي يقوله أصحاب الشافعي أن الغريم يجوز أن يأخذ من غير جنس حقه
أو يكون عرف هذا الخلاف فلم يعتد به لأنه لم يقل به السلف فامنع
الاعتداد به فلا قطع لأنه أخذ بشبهة لا تزي أن من الفقهاء من يقول
أنه يأخذ بدينه قال فإن أخذ صنف من الدراهم أجود من حقه أو أرا
منه لم أقطعه وذلك لأن المأخوذ مما يقع به الاقتضا لا تزي إذا كان ردي

من حقه كان قضا صا إذا رضي به الطالب وإن كان أجود قضا صا إذا
رضي الذي عليه الحق ولأن الجودة إذا لاقت جنسها مما فيه الربوا
فلا قيمة لها فكانه أخذ نفس حقه قال وإن سرق حليا من فضة
وعليه دراهم أو حليا من ذهب وعليه دنانير فإنه يقطع لأن
هذا لا يكون قضا صا من حقه إلا على وجه البيع والمعاوضة
فصار كالعروض قال وإن كان المتاع أو الحلي قد استهلكه السارق
فوجب عليه ثمنه وهو مثل الذي عليه من الدين فإن هذا يقطع
أيضا وذلك لأن المقاصد بعد الاستهلاك ليس فيها أكثر من سقوط
الضمان في العين المسروقة وذلك لا يوجب سقوط القطع كما لو
هلكت ولا دين للسارق على المسروق منه ولأن القطع لو سقط
بهلاك العين لم يجب بأخذها ضمان أصله سائر ما لا يقطع فيه
قال ولو سرق عبدا أو مكاتباً من غير مولاة قطعت لأن المكاتب
لا يثبت له حق القبض في ديون المولى فصار كالأجنبي قال ولو
كان المولى وكله بقبض الدين لم يقطع لأنه ثبت له حق القبض
بالوكالة فصار كصاحب الدين قال ولو سرق رجل من غريم ابنه
أو لولده قطعت ما خلا الولد الصغير لأنه لا حق له في ديون أبيه
وابنه الكبير فلم يقع ما قبضه موقع المقاصد فقطع فاما الولد
الصغير ولابنه حق القبض في ديونه فصارت كديون نفسه
قال ولو سرق من أسه من الرضاعة أو من ولده من الرضاعة أو امرأته

وهو نازل في منزل على حدة قطع لما بيننا ان الرضاع سبب موجب
للتحریم واسباب التحريم لا تمتع القطع قال ولو سرق من امرأة ابنه
او زوج ابنته من منزل تجمعهما جميعا لم يقطع لانه ما دون في
دخول المنزل اذا كان لابنه قال ولو سرق وديعة عندهما او عند
احدهما في المنزل او عارضة لم يقطع لان المنزل ليس بحرزي في حقه قال
ولو سرق من غريم مكاتبه او من غريم عبده وعلي عبده دين قطعه
لانه ليس له حق القبض في ديون مكاتبه ديون عبده المديون
فصار كالاجنبي فان لم يكن علي عبده دين فسرقة من غريمه من جنس
دين عبده لم يقطع لان دين عبده ماله وانما يقوم العبد مقامه
فيه وقال ابن رستم عن محمد وابي يوسف قال ابو حنيفة لو ان
رجلا سرق من امرأة ثم تزوجها قبل ان يقضا عليه بالقطع فانه
لا يقطع فان قضى عليه بالقطع فانه لا يقطع عند ابي حنيفة
ويقطع في قول ابي يوسف وذلك لان الشبهة الطارئة
على الحدود بمنزله الموجودة ابتداء لا ترى ان من قذف رجلا
زنا المقذوف قبل الحد سقط الحد عن القاذف ومعلوم انه
لو سرق من زوجته لم يقطع فكذلك اذا طرأت الزوجة بعد
السرقه واما اذا تزوجها بعد الحكم بالقطع فوجه قول ابي
حنيفة ان الطاري على الحدود قبل الاستيفاء كالطاري قبل القضا
اصل زنا المقذوف وجه قول ابي يوسف ان القاضي لما قضا بالقطع

استقر فالزوج لا يسقطه كما لا يسقط ملك العين المسروقة عنده
وقد كان الاول يابى يوسف ان يقول مثل قول ابي حنيفة لانه وافق
ابي حنيفة في رجوع الشاهد بعد القضا قبل الامضا وجعله
كرجوعه قبل القضا وانما خالف محمد في ذلك وفرق بين الرجوع
قبل القضا وبعده ولو سرفت امرأة من زوجها او سرق هو
منها ثم طلقها ولم يدخل بها فبانت بغير عدة فانه لا يقطع ما حد
منهما لان الاخذ وقع غير موجب للقطع والطاري على الحد وكما موجود
في الابتداء اذا كان مما يسقطها فاما اذا كان مما يؤكد لها فالمعتبر باخف
الحالين لان الحد ويسقط بالاحتياط **باب**
السارق يسرق ما لا من غير مالك قال الشيخ جملة هذا
الباب ان الايدي على ضربين يد صحيحة ويد غير صحيحة فالسرقة
من يد صحيحة يتعلق بها القطع يد ملك كانت او غير ملك والسرقة
من يد ليست صحيحة لا يتعلق بها القطع واليد الصحيحة يد ملك
ويد امانة ويد ضمان واليد التي ليست بصحيحة يد السارق فالسارق
من المالك يقطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما
ولان النبي صلى الله عليه وسلم قطع سارق ردا صفوان واما اليد الامانة
فهي يد المودع والمستعير والمضارب والمصنع فمن سرق من يد هؤلاء
قطع لانه اخذ المال من يد صحيحة كيد المالك ولان يد المودع يد المودعه
فكانه اخذ من يد المودع وقد قالوا ان المومن اذا طالب السارق برد العين

واقام البينة عليه بالسرقه مع عينه المالك قطعه الامام وذلك
 لان السارق انما يقطع لازالة اليد الصحيحة فلا يعتبر حضور
 يد اخرى في صحة المطالبة فاما اذا حضر المالك وغاب المومن فقد قالوا
 ان المودع اذا لم يخاصم حتى منع المالك فله ان يخاصم ويقطع السارق وذكر
 ذلك في الجامع الصغير وذكر بن سماعه عن محمد بن سرق من المودع فلم
 يخاصمه حتى حضر رب المال فاقر المستودع ان المال ماله يعني مال المودع
 ثم غاب قال فليس لرب المال ان يقطع السارق لانه لم يسرق منه انما سرق
 من الذي كان عنده قال محمد بن في التواعد قال لا اقطع السارق وان اقر
 السارق ان المال مال المودع وطالبه بذلك المودع وجه الرواية الاولى
 ان الملك للمودع والمودع يقوم مقامه في الحفظ والمطالبة فاذا وجب
 القطع لمطالبة المودع فلا ينبغي عطفية الملك اولى وجه رواية بن
 سماعه ان الاخذ انما وقع من المودع والقطع وجب بازالة يده فلم
 يجز ان يطالب بذلك غيره كما لو سرق من مالك فحضر وكيله يطالب
 بالمال لم يقطع السارق ويجوز ان يجعل ما ذكره في الجامع وما ذكره
 ابن سماعه رواية واحدة لان لم يقل في الجامع ان المالك حضر وطالب
 وغلب المودع فيحمل ذلك على ان المالك طالب مع حضور المودع فيقتضي
 بالقطع لحضورهما ويصير المالك كالنايب عن المودع في الخضوع
 مع حضوره فيجب القطع وتحمل مسئلة بن سماعه على ما ذكر من غيبة
 المودع فلا يقبل نياية المالك مع غيبة ^{المسروق} منه في الحقيقة كما لا يقبل الخضوع

في القطع من وكيل المسروق منه مع غيبة المسروق منه واما اذا ضا
 له يد الغاصب والقابض على وجه السوم والمرتهن فالسارق منها
 يجب عليه القطع لانه يد صحيحة الا ترى ان الضمان متعلق بها فهي كيد
 الملك ولان الغاصب يتعلق بيده حكم التملك فهي كيد المشتري وقد
 قال في الجامع ان للغاصب ان يطالب بالقطع وكذلك للمغضوب منه
 ولم يحك بن سماعه في الغصب خلافا وينبغي ان يكون الخلاف في المودع
 والغاصب سواء واما القابض على وجه السوم فيده يد ضمان كيد
 الغاصب واما المرتهن فيده يد ضمان وهي يد صحيحة فيتعلق بها
 بازالتها القطع قالوا وليس للمرتهن ان يقطع السارق لانه ليس له
 حق القبض في العين مع قيام الرهن واذا لم يثبت له المطالبة لم يجب
 القطع بخصوصه الا ان يقضي الدين ثم خاصم فيثبت له حق القطع ولا
 له المطالبة برد العين اليده فصار كالمالك ويجب ان يقول محمد ان القطع
 لا يثبت لمطالبة الراهن مع غيبة المرتهن كما قال في المودع وهو
 اولى لان يد المرتهن اقوى من يد المودع لان يد المودع لغريم ويد المرتهن
 لنفسه واما اليد التي ليست صحيحة فالسرقه منها لا يتعلق بها القطع
 كالسرقه من السارق وذلك لان يد السارق ليست بيد ملك ولا
 ضمان ولا امانة فصار الاخذ من السارق كالاخذ من الطريق او كاخذ
 المال البضغ ولا يثبت القطع ايضا لمطالبة المالك لان السارق لم يزل
 عز الماليدا صحيحة فصار كمن اخذ متاعا من الطريق قالوا اذا هلك

الرهن في يد السارق من المرتين فلمرتين ان يقطع السارق ولا سبل
للراهن عليه وذلك لان السارق ازال يدا صحيحة فوجب لصاحبها
القطع وان هلك العين فاما الراهن فلم يبق له حق في العين الا ترى
انه سقط عنه الدين بهلاكها فلم يثبت له حق المطالبة قال ابن رستم
عن ابي يوسف لو ان سارقا قطع في سرقة ثم سرقها منه اخر
لم يقطع يد الثاني وهذا على ما قد منا قال وان كان القطع دري
عنه قطع الاخر وذلك لان القطع اذا دري عنه تعلق باخله
الضمان ويد الضمان يد صحيحة فارالتها توجب القطع وقد
قالوا في السارق هل له ان يطالب برد العين المسروقة
الى يده ان فيه روايتين احدهما ليس له ان يطالب لانه ليس
بده صحيحة فيلزم السارق ردها وبصير السارق منه كالاخذ
من الطريق والرواية الاخرى ان له المطالبة لانه يجوز ان
يختار المالك الضمان ويترك القطع فيخلص السارق برد العين
عليه من الضمان كالاخذ من الطريق والرواية الاخرى يجوز
ان يقال انه ما لم يقطع فله ان يطالب لانه يجوز ان يضمن
فيخلص برد العين فاما بعدا لقطع فلا يجوز ان يلزمه ضمان
فلاحوله في المطالبة ويجوز ان يقال ان المطالبة تثبت له بعد
القطع لانه تخلص برد العين من الضمان الواجب فيما بينه
وبين الله تعالى كما تخلص قبل القطع من الضمان الذي يجب عليه الحكم

باب السارق ^{٢٤٧} **السرقة على صاحبها**

او مملكتها قبل القطع قال ابو حنيفة وابو يوسف اذا جاز
السارق بالسرقة نايبا فلا قطع عليه رواه بشر عنهما
واذا ردها قبل الرفع على غير هذا الوجه لانه عين عليه فرد
او طوب بها فردها قبل رفعه الى السلطان فلا قطع عليه
عند ابي حنيفة ومحمد ويقطع عند ابي يوسف رواه ذلك
عن ابي يوسف ابن سماعة وعلي بن الجعد واتفقوا انه اذا
رفع الى الحاكم فردها قبل الحكم او بعد الحكم فانه يقطع لان
الحاكم يحكم بردها ويقطعه وجمله هذا ان السارق اذا رد
العين قبل الترافع سقط الحد عنه ابي حنيفة ومحمد واحدي
الروايتين عن ابي يوسف وروي عن ابي يوسف انه لا يسقط
وجه قولهما ان العين اذا ردت سقطت المطالبة بها وسقوط
المطالبة بالمال تمنع من الخصومة فيه والقطع لا يجب الا
بمطالبة الادعي بالمال الدليل عليه اذا وهبها المسروق
منه للسارق وجه قول ابي يوسف ان الرد لو حصل بعد الترافع
لم يسقط الحد فكذا قبله كالهلاك واما اذا ردها بعد الترافع
لم يسقط الحد لان السارق فعل ما يفعله الامام الا ترى
ان الامام يحكم برد العين ثم يقطع واذا فعل السارق ما يفعله
الامام لم يسقط القطع كما لا يسقط برد الامام واما اذا اشتراها

السارق من المسروق منه او وهبها له فانه لا يقطع في قول ابي حنيفة
ومحمد سوا كان ذلك قبل القضا او بعده وقال ابو يوسف ان كان ذلك
قبل الترافع اسقط القطع وان كان بعده لم يسقط وجه قول ابي حنيفة
ومحمد ان الملك اذا حصل للسارق لم يحرق قطعه في ملكه كما لو اخذ ملكه
ابتداء ولا ناطرا على الحدود قبل الاستيفاء كالموجود في الابتداء وجه
قول ابي يوسف ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما امر بقطع
سارق ردا صفوان قال صفوان وهبته منه يا رسول الله فقال
هذا قبل ان تاتيني به فدل على ان الهبة قبل الترافع تسقط القطع
وبعد لا يسقط وهذا لادلالة فيه لانه روي انه قال وهبت له
القطع وذلك لا يسقط الحد ولانه يجوز ان يكون وهبه له ولم يقبضه
والقطع انما يسقط بالهبة مع القبض ولا يقال الهبة من غير قبض لا
يسقط القطع قبل الترافع وذلك لان الهبة من غير قبض اذا حصل
قبل الترافع اسقطت المطالبة وترك المطالبة قبل الترافع يسقط
القطع ولا يسقطه بعد الترافع وقال ابن رستم عن ابي يوسف
قال ابو حنيفة لو ان رجلا سرق من امرأة ثم تزوجها قبل ان يقضا
بالقطع فانه لا يقطع وذلك لان الزوجية لو كانت موجودة
في الابتداء منعت من وجوب القطع ولذلك اذا طرأت في الثاني
كملك العين قال ولو امر الامام بقطع سارق فعفا المسروق عنه
فان عفوه باطلا لقوله صلى الله عليه وسلم لعافوا الحدود فيما بينكم

فاذا

فاذا رفعت الى الامام بحد فلا عفا الله عنه ان عفا ولا ان القطع حق لله
لغالى فعفو المسروق منه عنه لا يسقطه قال ولو قال للمسروق
منه شهد شهودي زورا وقال لم يسرق مني لم يقطع وذلك
لان اقراره بهذا المنع من ثبوت المال ووجوب القطع موقوف
على صحة الحكم بالمال فاذا لم يثبت المال لم يثبت القطع **باب**
السارق يسرق الشيء فيقطع فيه ثم يعود
فليسرقه قال ابو الحسن زوي بن ساعه وعلي بن الجعد عن ابي يوسف
قال قال ابو حنيفة اذا قطعت يد السارق في سرقة وردت الى
صاحبها ثم عاد فسرقتها بعينها لم اقطعها استحسانا وكذلك قال
في الجامع الصغير الا انه لم يذكر الاستحسان وذلك لان العين للمسروق
اذا قطع السارق فيها صارت في حقه كمال عن يقوم بدلاله انه
لا ضمان عليه باستهلاكها وما ليس بمقوم من المال في حق السارق
لا يقطع فيه ولان الحد وجب عليه بهتك حرمة العين فاذا استوفى
الحد ثم عاد وهتك تلك الحرمة في العين لم يلزمه حد اخر كمن قذف
رجلا فحد ثم عاد بقذفه لم يذكر في هذه المسئلة خلافا في الاصل
ولا في سائر الروايات الا في رواية الحسن بن زياد عن ابي يوسف
بانه قال يقطع اذا سرق العين ثانية لانه لما رد ما صار
في حقه كعين اخري في باب الضمان وكذلك في باب القطع
وقال عن ابي حنيفة اذا سرق غزلا فقطع فيه ثم نسج الغزل ثوبا

فعاد فسرقه مرة أخرى قطع وجلة هذا ان العين المسروقة اذا ردت
ففعل فيها المسروق منه ما لو فعله الغاصب اسقط حق المالك عن
العين ثم عاد السارق فسرقها قطع وذلك لانها صارت بهذا الفعل
في حكم عين أخرى ولهذا يسقط حق مالكيها ومن قطع في عين فسرق
غيرها قطع فكذلك اذا سرقها وقد تغيرت عن حالها الى حكم عين
أخرى وقال هشام سالت محمدا عن رجل سرق بقره قيمتها عشرة
دراهم فقطعته ثم عاد فسرقها ثانية لم اقطعه فان وضعت
البقرة فسرق ولدها قطع وذلك لان الولد عين أخرى لم يقطعه
فيها فصار كولد غيرها قال ولو سرق ثوب خز فقطعته ثم نقص
الثوب فصار ممفوشا فسرقه فال لا اقطعه لان هذا الفعل
لا يسقط حق المالك اذا فعل على وجه الغصب فلم تصير العين
في حكم عين أخرى فان عزل قطعته لانه صار في حكم جنس آخر ولان
حق المالك يسقط بهذا الفعل في الغصب **باب**
الرجل يسرق سرقات مختلفة فيرفع يده
بعضها قال محمد في الجامع الصغير عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
وفي نوادره ان ابا حنيفة قال اذا سرق سرقات فرفع في بعضها فقطع
فيما رفع فيه فان القطع للسرقات كلها ولا قطع في شيء منها بعد ذلك
وان خوصم فيها وهو قول اصحابنا جميعا انه لا يقطع في سرقة كانت
منه قبل قطعه واختلفوا في الضمان لما لم يخاتم فيه فروي محمد في الموضع

249
التي قد مناذكرها انه لا يضمن في شيء من السرقات في قول ابي حنيفة
وكذلك روي ابن زياد عن ابي حنيفة وقال محمد عن ابي يوسف انه
يضمن السرقات كلها لا التي قطع فيها وروي ابن سماعة عن محمد
في نوادره مثل قول ابي يوسف وروي ابن سماعة وعل بن الحارث
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه يضمن السرقات الا التي قطع فيها
وقال ابو يوسف لا اضمنه وهذا كله رواية محمد اما سقوط القطع
في السرقات المختلفة فلان كل سرقة بانفرادها اوجبت القطع
واسباب الحدود اذا اجتمعت من جنس واحد فيصرفها على حد واحد
كالزنا اذا تكرر ولان كل سرقة تعلق بها قطع يده اليمنى فاذا قطع
في واحد منها فقد مات العضو الذي تعلق به القطع ومعلوم
ان يد السارق لو وهبت بعد السرقة بافه من السما سقط القطع
فاذا وهبت على وجه الحد اولى واما الضمان فان حضرا صاحب السرقة
فخاصموه فخاصمهم سقط الضمان في جميع ذلك في قولهم جميعا لان
مطالبة المسروق منه بالقطع كالبراءة من الضمان عندنا فاذا طالبوا
جميعا فقد ابروا فصار كالواحد اذا طالب واما وجه قول ابي حنيفة
اذا طالب الواحد ان القطع وقع لجميع السرقات بدلالة انه ليس
لواحد منهم قطع وان طالب واذا وقع القطع لجماعتهم فكانهم حضروا
فطالبوا وجه قولنا ان مطالبة المسروق منه بالقطع براءة من
المال فمن طالب منهم فقد وجد منه الا براءة من لم يطالب لم يوجد منه

ما يقتضي البراءة فتقي حقه في الضمان بحاله قال وان كانت السرقات قايمة
في يد السارق رددت لان القطع لا يسقط الرد فيما قطع فيه ما لم
يقع القطع فيه اولى وقال وقد ذكر في الاصل في هذه المسئلة فقال
في السارق يسرق السرقات ثم يرفع في واحدة منها فيقطع قال
اضمنه اياها الا التي انتسبه فيها فقطعته وقال ابو يوسف
لا اضمنه وهذا موافق لرواية ابن سماعة وعلي الا ان هذا القول
في الاصل منهم لم يصغه الي احد وقد قال في نسخة اخرى من رواية
ابي سليمان فقال فيها اضمنه كلها الا السرقة التي اتت عليه
فقطعته فيها قال وهو قول ابي يوسف وكان ابو حنيفة يقول
لا اضمنه شيئا من ذلك وهذه الرواية في النسخ وهي الصحيحة
عندي لانه بين المبهم في الرواية الاخرى وهو موافق لرواية محمد
في غير الاصل **باب القوم**
يشاركون في السرقة قال محمد في الاصل في جماعة
رجال دخلوا منزل رجل فجمعوا المتاع جميعا ثم حملوه على رجل
منهم وكان هو الذي خرج به وقد خرجوا مع الرجل الحامل للمتاع
والمتاع يساوي الف درهم قال اما في القياس فينبغي ان لا يقطع
الا الخارج الذي حمل المتاع وخرج به واما في الاستحسان فيقطعون
جميعا وبه ناخذ وكذلك روي ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
وقال ابو يوسف وبه ناخذ وقد بينا هذه المسئلة في ذكر في السؤال

انهم خرجوا معه وذكر القياس والاستحسان وذكرنا ان المقصود
من السرقة ليس هو الحمل وانما المقصود التمكن من الاخذ والحمل
يتعلق بالمقصود من كل نوع ولان الحمل على واحد منهم كالحمل على دابة
فيجب به القطع على الجماعة وقال الحسن عن ابي يوسف في اختلاف
زفر وابي يوسف في قوم نهبوا على رجل منزله واخذوا مناعه فخرجوا
به وفيهم مجنون او صبي قال يد راعنهم القطع جميعا في قول ابي
حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ان كان الصبي والمجنون وليا اخراج
المتاع دري القطع عنهم جميعا وان كان وليه سواهما ممن معهم
قطعوا الا المجنون والصبي اما الصبي والمجنون فلا قطع عليهما
لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاث وذكر فيه الصبي والمجنون
ولان القطع عقوبة فلا تتعلق بفعل الصبي كجد الزنا واما الباقيون
فوجه قول ابي حنيفة وزفر انه اشترك في سبب الحد من يجب عليه
الحد ومن لا يجب عليه الحد بنفس الفعل فصارت ذلك بشبهة في سقوط
ما يسقط بالشبهة كالعامد والمخطي اذا اشتركا في القتل ولان العين
معتبرة كما ان الفعل معتبر ومعلوم ان المشاركة في العين يجوز ان
تتمنع من القطع فكذلك المشاركة في الفعل ولانا بينا ان حمل الواحد
منهم كحمل جماعة فصار حمل غير المجنون كحمله وجه قول ابي يوسف
ان الصبي والمجنون اذا وليا الحمل ففعلهما هو المقصود وفعل
غيرهما تابع فاذا لم يجب الحد بممنوع الفعل لم يجب في تبعه واذا كان

الحامل بالغاعا فلا فعله مما يتعلق به الحد وهو المتبوع فسقوط الحد عن
التبع لا يوجب سقوطه على المتبوع وقال ابن سماعة في نوادره عن ابي
حنيفة في رجلين يقران بسرقة ثوب يساوي مائة درهم من فلان فلما
امر بقطعهما قال احدهما الثوب ثوبنا لم اسرقه فاني لم اقطعها ادري
القطع عنهما جميعا لانه شيء واحد فاذا ادراى بعضه دراهم كله
وذلك لان الاشتراك في الاخذ قد ثبت باقرارهما فاذا ادعى احدهما
الثوب خرج فعله من ان يكون سرقة فخرج فعل الاخر من ذلك كالمو
سرقا ما لا لاحد منهما فيه شركة قال ولو قال احدهما سرقنا هذا
الثوب من فلان وقال الاخر كذبت لم نسرقه ولكنه لفلان قطعت
المقرو لم اقطع المنكر وقال ابو يوسف لا اقطع واحدا منهما وجه قول
ابي حنيفة ان المقر اقربا للسرقة ولم يثبت مشاركة الاخر له فنجوده
للفعل من غير ثبوت المشاركة لا يوجب سقوط القطع عن الاخر وصار
كمز قال زيت انا وفلان فقال فلان كذبت لم يسقط الحد عن المقر
وكذلك لو قال قتلت انا وفلان فلانا فكذبه وجب عليه القصاص
لان المشاركة لم تثبت باعتراضهما بسقوط القصاص عن احدهما لا يوجب
سقوطه عن الاخر فاذا كان فعل احدهما ليس سرقة فكذلك فعل
الاخر وليس هذا كالفصل الاول لان الشركة تثبت باعتراضهما
فاذا كان فعل احدهما ليس سرقة فكذلك فعل الاخر وليس هذا
عند ابي حنيفة كرجل قال زيت بغلانة فقال كذبت لان فعل الواطي

لا يجوز ان ينفرد عن الموطوعة فاذا لم يصدق على اثبات فعلهما لم يمكن اثبات
فعله منفردا عنهما فكذلك سقط الحد عنه واما في مسلتنا ففعل
كل واحد من السارقين يجوز ان ينفرد عن فعل الاخر فلم يكن جود الاخر
للفعل مانعا من ثبوت الفعل في حق المقر وجه قول ابي يوسف ان
المقر لم يقر الا بسرقة بعض الثوب مع الاخر وقد بطل حكم السرقة
في حق الاخر فبطل في حق المشارك لاستحالة ان يكون اخذ الثوب
بعضه سرقة وبعضه ليس سرقة وليس هذا عندنا كالمو اقربا لنا
بغلانة فجدت لان الزنا يجوز ان يثبت في حق الواطي دون الموطوعة
ولا يجوز ان يثبت السرقة في حق احدا الاخرين دون الاخر قال ابو الحسن
في هذه المسئلة في الاصل وفي روايتها النباش وفي بعضها مثل ما ذكر
ابن سماعة في النوادر وهو الصحيح قال ابن سماعة سمعت ابا يوسف
قال قال ابو حنيفة في رجل سرق هو وصبي او هو ودورحم يحرم
من المسروق المتاع قال ادرا الحد عن الاجنبي اذا دراهم الحد عن
احدهما دراهمه عن الاخر قال ابو يوسف استتبع هذا واقطع
الذي وجب عليه القطع وادرا عن الصبي وعن المحرم وان كان احدهما
شريكا للمسروق منه المتاع لم احدهما وافرقت بينهما ان يكون احدهما اذا
يحرم او شريكا اما ابو حنيفة فوجه قوله ما قدمنا انه اشترك
في الفعل فلا يلزمه الحد بنفس الفعل فكان ذلك شبهة في حق الثاني
واما ابو يوسف فقال بان فعل كل واحد منهم معتبر على حiale فاعتبر

حاله كحال الانفراد وهذا يخالف للرواية الاولى عن ابي يوسف لانه
اعتبر هناك المباشرة فاسقط القطع عن الجماعة اذا باشر الصبي وطلق
الجواز ههنا وفرق بين مشاركتهم الصبي والمناسب وبين مشاركة الشريك
وذلك لان المشاركة في المال في مادون له في اخذ فاذا اجتمع اخذ مادون
واحد غير مادون لم يتعلق بغير المادون القطع وليس كذلك احد
الصبي والمناسب لان كل واحد منهما غير مادون فيه وانما سقط
القطع بمعنى في نفسها وذلك المعنى لا يتعلق به غيرهما ولذلك
روي ابن سماعة عن ابي يوسف اذا كان في قطاع الطريق صبي
او مجنون او اخرس قال ابو حنيفة ادرا عنهم جميعا وقال ابو يوسف
يدرا عن الصبي والمجنون والاخرس ويقال لحد علي الباقيين
فا بواحنيفة بنا على ما قدمنا لان الاخذ في قطاع الطريق يتعلق
به الحد كحد السارق وابو يوسف بنا على هذا ايضا فاما الاخرس
فالحد لا يجب عليه لانه يجوز ان يكون لو قدر على الكلام لا داعية
فمشاركته كمشاركة الصبي في اسقاط الحد عن شركائه قال
ابو يوسف في رواية ابن رستم اذا سرقا في احداهما فلا قطع
عليهما وهذا يخالف للصغير وهذه الرواية عن ابي يوسف
تخالف ما قدمنا في رواية ابن سماعة ووجهها ان الابن له ييسر في
مال ابيه فسقط الحد بمعنى في فعله فسقط عن شريكه

باب الرجل يسرق شيئين احدهما لا قطع

فيه

فيه قال ابو حنيفة اذا وقع اخذ السارق على شيئين يوجب احدهما
القطع اذا انفرد باخذه ولا يوجب الاخر القطع لو انفرد باخذه
فلا قطع عليه في قول ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وذلك مثل
ان يسرق انا فيه طعام لا يبقا مثله كائنا ما كان او يكون في الانا
لبن او نبيد او ما او شراب او نحو هذا وقال ابو يوسف اذا كان
الاسلع قيمته عشق دراهم قطعت عنه هشام عن محمد في
رجل سرق انا فضة فيه مائة درهم وفي الانا نبيد او ما فانه
لا قطع عليه وكذلك لو كان في الانا تريد فلا قطع عليه قال
محمد انظر الى الذي في جوفه فان كان ما في جوفه لا يقطع فيه لم اقطع
وجملة هذا ان المقصود من السرقة اذا كان لا قطع فيه لم
يقطع لغيره وان بلغ نصابا واذا كان المقصود يجب فيه القطع
وبلغ النصاب قطع في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يقطع في الوجهين وجه قولها ان المقصود من السرقة ما في
الانا لا ترى انه لو قصد الانا لا لقا ما فيه وما في الانا لا يتعلق
به فلا يتعلق بما ليس بمقصود كمن سرق صبيبا حرا عليه حليا ولان
العين معتبرة في وجوب القطع بالفعل فاذا كان الفعل لو اشترك
فيه من يجب عليه القطع ومن لا يجب صبيبا وشبهة كذلك العين
الماخوذة اذا اجتمع فيها ما يتعلق به القطع وما لا يتعلق به القطع
كان شبهة وجه قول ابي يوسف ان الانا لو سرق على الانفراد

وجب فيه القطع فانضمام غيره اليه لا يسقط القطع فيه وصار وجود ما فيه وعدمه سوا قال محمد وكذلك ان سرق مصحفا فيه ذهب وياقوت قيمته الف درهم لم اقطععه وروي عن ابي يوسف انه قال يقطع وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان المقصود من السرقة المصحف دون ما عليه من الذهب والفضة فلا يتعلق به قطع بالمتبوع فلا يتعلق بالتبع وجه قول ابي يوسف ان سرقة الذهب على الانفراد يتعلق به القطع فانضمام المصحف اليه لا يغير حكمه وجري وجوده وعدمه مجري واحد وقال محمد ان سرق كوزا فيه عسل ثمن الكوز تسعة دراهم وقيمة العسل الذي فيه درهم قطعته وان سرق جارا يساوي وعليه اكاف يساوي درهم قطعته وذلك لان المقصود بالسرقة كوزا العسل يتعلق به القطع فلم يسقط حكم الانا وجمعا جميعا تكمل النصاب بهما وكذلك الحمار والاكاف كل واحد منهما يتعلق به القطع على الانفراد فتكمل احدهما بالآخر قال هشام عن محمد ولو شرب ما في الانا قبل ان يخرج الانا منها ثم اخرج الانا فارغاً منه قطع لان المقصود لان هو الانا الا ترى انه اخرج ولا شيء فيه والمقصود بالسرقة اذا كان يتعلق به القطع قطع قال محمد عن ابي يوسف في الاما وفي نوادره قال ابو حنيفة ان سرق صبيا عبدا لا يتكلم وقال في النوادر صبيا لا يتكلم ولا يمشي وقال في الاصل صغير لا يتكلم ولا يعقل قطعته

وان سرق حرا صغيرا لم اقطععه اما الصغير اذا كان عبدا لا يعقل ولا يتكلم فهو مال في نفسه ولا بد له على نفسه فضا ركا لبيمة وليس كذلك الحمار الصغير لانه ليس مال وسرقة ما ليس بمال لا يتعلق به القطع وروي عن ابي يوسف انه لا قطع فيها قال لان العبد من جنس الحر ولا قطع في الحر وبعض الجنس اذا سقط فيه القطع سقط في نفسه وقال ابو يوسف ان كان على الصبي الصغير حلي او طوق ذهب او فضة فان ابا حنيفة قال لا اقطععه وهو قول زفر ومحمد وقال ابو يوسف يقطعها اذا كان ما عليه يساوي عشرة دراهم فضا عدا وجه قوله ان المقصود بالسرقة هو الصبي الا ترى انه لو قصد الحلي لاصح وترك الصبي والمقصود من السرقة اذا لم يتعلق به القطع لم يتعلق بغيره وجه قول ابي يوسف ان الحلي بانفراده يتعلق به القطع فانضمام الصبي اليه وهو لا يعقل كانضمما الحمار او البهيمة وقالوا جميعا اذا كان الصبي الحر يمشي ويتكلم فلا قطع عليه وان كان عليه حلي لان له يد على نفسه وعلى ما عليه فاخذ ليس سرقة وانما هو خداع والخداع لا يتعلق به القطع قال محمد ولو سرق كلبا في عنقه طوق ثمنه مائة درهم لم اقطععه وقال الحسن عن زفر ان سرق قردا او خنزيرا او كلبا او اسدا او ضبعا وفي عنق شيء من ذلك قلادة تساوي عشرة دراهم او اكثر او اقل انه لا يقطع وبه ياخذ الحسن وهذا على ما قدمنا ان المقصود به

بالسرقة اذ لم يتعلق به القطع لم يتعلق بالتابع له وقال ابن سماعة
عن ابي يوسف ان سرق منديل فيه صرة دراهم فغلبه القطع
وكذلك قال ابو يوسف وهذا انما يريد به المندبل الذي يصير
فيه الدراهم في العادة ولان المقصود بالاخذ ما فيه دون
وما فيه نصاب كامل يتعلق به القطع قال ولو سرق ثوبا
فيه في طرفه صرة فيها دراهم فان ابا حنيفة قال لا قطع عليه
الا ان يكون الثوب قيمته عشرة دراهم قال كل شيء لا يكون دما
مثل المندبل وكانت في ناحية منه صرة دراهم سرقة رجل
فلا يقطع حتى يكون ذلك الشيء يساوي ما يقطع فيه قال ابو يوسف
ان علم بها فغلبه القطع وان لم يعلم فلا قطع عليه وقال ابن سماعة
عن ابي يوسف خلاف هذا قال قال ابو حنيفة ان سرق ثوبا
لا يساوي عشرة دراهم وفيه عشرة مصرورة فان كان علم
بها السارق قطع وان كان لا يعلم لم يقطع وقال ابو يوسف يقطع
علم او لم يعلم لانه قد سرقها جميعا وجه الرواية الاولى عن
ابي حنيفة ان المقصود بالسرقة الثوب دون ما فيه لان
الثوب ليس بطرف لصم دراهم في العادة وان كان المقصود
نصبا باقطع فيه والالم يقطع وكان اصحابنا يقولون اذا كان
في الثوب جملة من الدراهم يسد مثلها في ثوب قطع لان الثوب
يكون طرفا لمثلها فصار حينئذ كالمندبل اذا كان فيه صرة

229
وجه الرواية الاخرى عن ابي حنيفة وهي احدي الروايتين عن ابي
يوسف انه قد سرق جملة يتعلق بها القطع فعلم بها لا يعتبر
كالوسرق شيئا لا يعلم قيمته قال ولو سرق جرابا فيه مال
او جوالقا فيه مال كثير قطع وذلك لان المقصود بالسرقة
هو المال دون الطرف وذلك مما يتعلق به القطع قلت ارايت
ان سرق ثوبا فيه مال عظيم مصرورة قد علم به اللص والثوب
لا يساوي عشرة دراهم قال اذا كان هذا بينا قطعت فيه وهذا
على ما قدمنا ان الثوب يصلح ان يكون طرفا للمال الكثير ولا يصلح
ان يكون طرفا لليسير ففي الموضع الذي يكون طرفا يعتبر المال
وفي الموضع الذي لا يكون طرفا يعتبر في نفسه **باب**
مسائل متفرقة قال ابو حنيفة رضي الله عنه ومحمد رحمه
الله اذا اقر السارق بسرقة مرة واحدة قطع وقال ابن ابي ليلى
لا يقطع حتى يقر مرتين وهو قول ابي يوسف رحمه الله وحكي بشر
ابن الوليد في نوادره عن ابي يوسف انه رجع الى قول ابي حنيفة
وجه قولها ان كلما جاز اثباته بشهادة شاهدين جاز اثباته باقرار
مرة واحدة الدليل على هذا المال ولانا لو لم نوجب عليه القطع
بالمرة الاولى استقر به الضمان فلم يجب القطع بالاقرار الثاني
لان الاخذ الذي يستقر به الضمان لا يقطع فيه كالغصب وجه
قول ابي يوسف انه حد فوجب ان يعتبر عدد الاقرار فيه بعدد

شهوده كحد الزنا قال فان اقرانه سرق وفلان من فلان الغائب سرقة
قيمتها عشرة دراهم لم يقطع عند ابي حنيفة ومحمد حتى يحضر
المسروق منه فطالب بها فيقطع وقال ابو يوسف اقطعه
وجه قولها ما روي ان سمرق قال للنبى صلى الله عليه وسلم اني سرت
بعير الالفلان فانقد صلى الله عليه وسلم فسالهم فقالوا انا
فقدنا بعيرنا ليلة كذا فقطعه فلو لا ان القطع يقف على
مطالبهم لم يكن للمسئلة معنى ولان كل من في يده شيء فالظاهر انه
ملكه فاذا اقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه عنه حتى يصدقه
المقر له والغائب يجوز ان يصدق ويجوز ان يكذب فبقي الشيء
على حكم ملك السارق فلم يجوز ان يقطع فيه وجه قول ابي يوسف
انه اقر بوجوب الحد فجواز ان يكذب به الغائب لا يمنع من اقامة
الحد اصله اذا اقر بالزنا بامرأة غائبة يجوز ان يحضر فيدعي شبهة
ثم لا يمنع ذلك من اقامة الحد في الحال قال وان شهد الشهود
انه سرق من فلان بن فلان الغائب عشرة دراهم لم يقطع
حتى يحضر المسروق منه في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قال
محمد واحبس له لانه من اهل التهمة والدعارة ويجب ان يكون
هذا قولهم لان البينة لا تقبل الا المدعي المال فغيبية المسروق
منه تمنع من سماع البينة التي لا مدعي لها وانما حبس لانهم شهدوا
بما يوجب التهمة قد روي ان رسولا الله صلى الله عليه وسلم حبس

رجلا في تهمة قال محمد لو قال رجل سرت هذه الدراهم ولا ادري
لمن هي او قال سرتها ولا اعلم من صاحبها فانه لا يقطع وذلك لانه
اقر بغير المعين والافرار بغير المعين لا يتعلق به حكم فبقيت
الدراهم على حكم ملكه فلم يقطع فيها وقال ابو حنيفة في رجل
ادعى على رجل سرقة فانكر انه يستحلف فان ابا ان يحلف لم
يقطع وضمن المال وذلك لان دعوى السرقة يشتمل على وجوب
الرد والقطع والمال يستحلف فيه والقطع لا يستحلف
فيه فوجب ان يستحلف لاجل المال فان نكل عن اليمين فنكوله
يقتضي وجوب المال والقطع والمال يستوفي بالبدل والقطع
لا يستوفي به فلذلك ثبت احدهما دون الآخر قال ولو اقر
بذلك اقرارا ثم رجع عن اقراره وانكر لم اقطعه وضمنه المال
لان الرجوع يقبل في الحد ولا يقبل في المال الذي هو حق الادعي
واقراره يضمن الامر من فاذا رجع سقط ما يسقط بالرجوع وبقي
ما لا يسقط قال ولو شهدت شهود على سرقة بعد حين لم
يقطع وضمن المال وذلك لما روي عن عمر انه قال بما شهد
شهدوا على رجل يشهدوا عند حضرته فانما هم شهود صغار
لا تقبل شهادتهم ولان حد السرقة تثبت بحق الله تعالى كحد
الزنا وقد بينا ان تاخير الشهادة يسقط حد الزنا فكذلك حد
السرقة واذا سقط الحد وجب المال لان المال لا يسقط بالتاخير

والحد يسقط به وقال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة في عبد لرجل
محجور عليه في يديه ألف درهم فقال سرقتهما من هذا الرجل
وقال للمولى ألا فلي قال قطع العبد ولا اصدق المولى وقال
أبو يوسف اقطع العبد وهي للمولى قول محمد لا اقطعه وهي للمولى
وهو قول زفر وقال محمد في أملاية مثل قول أبي حنيفة وإذا كان العبد
المقر ما ذوناله في التجارة وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف مثل
روايته في الجامع الصغير وقال بشر بن الوليد في نوادر عن أبي
يوسف في عبد أقرانه سرق من هذا الرجل عشرة دراهم بعينها
قال كان أبو حنيفة يقول لا اقطعه لأن ما في يده لمولاه وإن كان
استهلكها قطعته ثم رجع عن ذلك وقال أرايت أن كانت ألفا فتملك
خمس مائة وفي يده خمس مائة كيف اقطعه ما استهلك واجعل هذه
لمولاه فقال لا اقطعه في الوجهين جميعا مستهلكة كانت أو قائمة قال
الشيخ وجملة هذا أن الماذون إذا اقربسقة قطع ودفع المال إلى
المسروق منه وقال زفر يدفع المال إلى المقر له ولا اقطع وجهه
قولهم أن العبد غير متم على نفسه في الإقرار بالحد ودلما يلحقه
فيها من الضرر فصار فيها كالحر ولأن هذا المولى لا يملكه المولى منه
فصار العبد فيه كالحرار وكالطلاق وجه قول زفر أن هذا الإقرار
يضمن اتلاف رقبة وهي مال للمولى وإقرار العبد باتلاف مال مولاه
كالمحجور إذا اقربسقة مال بعينه فوجه أبي حنيفة أن إقرار

العبد بالحد فلا تخلوا أما أن يكون يقطعه في المال المقربه بعينه ويرده
على المسروق منه أو على المولى أو يقطعه في غيره أو لا يقطعه ولا يجوز
أن يسقط القطع لا نقدر للناس على وجوب الحدود عليه بإقراره
خلاف زفر ولا يجوز أن يقطعه ويحكم بالمال للمولى لأن قطع العبد
في مال يحكم به لمولاه لا يجوز ولا يجوز أن يقطعه في مال بغير عينه
لأن هذا خلاف ما أقر به فلم يبق إلا أن يقطع ويدفع المال إلى المسروق
منه وجه قول أبي يوسف أن إقراره بالحد جائز وإقراره بالمال لا يجوز
فحكم بما يجوز إقراره به دون ما لا يجوز كما لو شهد رجل وامرأتان
بالسرقة وهذا ليس بصحيح لأن هناك أفراد المال عن القطع وذلك جائز
وها هنا تفرد القطع عن المال وذلك لا يجوز وجه قول محمد أن
إقرار المحجور بالمال لا يجوز فإذا لم ينفذ إقراره في المال بقي على حكم ملك
المولى فلم يجز إيجاب القطع فيه وليس كذلك الماذون لأن إقراره بالمال
جائز فإذا صح إقراره بالمال تبعه القطع قال بشر سمعت أبا يوسف
قال في رجل أقام هذه على عبد أنه سرق منه قال لا اقطع به حتى
يشهد مولاه أن كان غائبا وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ثم
قال بعد ذلك اقطعه وإن كان غائبا وقال محمد في أملاية عن أبي
يوسف أنه إذا قامت بينة على عبد كذا وقضا صر وهو محمد
ذلك قضي عليه وإن كان مولاه غائبا بمنزلة الإقرار وجه قولهما
أن هذه البينة يتعلّق بها استحقاق جز من العبد فصارت

كالبيئة بملك شيء من رقبته فلا يفضي بها مع غيبة المولى وجه
 قول أبي يوسف أن العبد في الحدود كالحرار بدلالة أنه يجوز إقراره
 بهامع نحو المولى والحر لا يقف سماع البيئة عليه على حضور غيره فذلك
 العبد وقال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة في الطراز أن طيرة الصرة
 وهي خارج الكم لم يقطع وإن أدخل يده في الكم فطيرها قطع وقال
 أبو يوسف هذا كله سوا يقطع ولذلك رواه بن سماعة عن أبي يوسف
 عن أبي حنيفة يعني كرواية الجامع وقال أبو يوسف هما سوا وعليه
 القطع وكان أبو بكر يفسر هذه المسئلة فيقول إن الدراهم إن كانت
 بعد حل رباطها فيكون على ظاهر الكم لم يقطع الذي طيرها لأنه أخذ
 من غير حرز وإن كانت إذا حلت حصلت في داخل الكم فهو أخذ
 من حرز فيقطع وقال ابن أبي مالك كان أبو يوسف يفسر لنا قول
 أبي حنيفة فيقول إذا كانت مصروقة من خارج الكم فطيرها من
 خارج قطعها وإن كانت الصرة داخل الكم لا يقطع إلا أن يكون أدخل
 يده الكم فأخذها ووجه ذلك أنها إذا كانت على ظاهر فحرزها
 الرباط فإذا أخذها فهي ككيس تعلق على ظاهر كفه فيجب عليه
 القطع وإذا كانت في داخل الكم فهي محرقة بالكم فمالم يهتك الحرز
 بأدخل يده فيه لا يقطع وجه قول أبي يوسف أن الرباط حرزها
 فإذا أخذها فليس بأكثر من أحد درهم موضوع بين يديه أو بقرعة
 فيجب عليه فيها القطع **باب قطع الطريق**

قال الله تعالى إنما جزا الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض
 فسادا الآية فالحاربون عند أبي حنيفة المذكورون في الآية هم القوم يجمعون
 ولهم منعة بأنفسهم فمن أرادهم تحمي بعضهم بعضا ويتناصرون على ما قصدوا
 ويتقاصدون عليه وسواء كان امتناعهم تحديدا وبغض أو تحسبا وحجاجة
 ويكون قطعهم الطريق على المسافر في دار الإسلام من المسلمين أو من أهل
 الذمة دون غيرهم وهذه الشروط إذا اجتمعت كانوا محاربين وهم أيضا
 محاربون عند زفر وأبي يوسف ومحمد والحسن والأصل في حد قطاع الطريق
 هذه الآية قد تكلم الناس في معناها فمنهم من قال إن قوله تعالى إنما جزا الذين
 يحاربون الله المراد به يحاربون أولياء الله وأولياء رسوله لأن الله تعالى
 يستحيل أن يحارب ولكنهم لما حاربوا أولياءه حذف للمضاف وأقيم المضاف
 إليه مقامه وقيل إن المراد بالآية أنهم في حكم المحاربين لله لأنهم تحيزوا واستغوا
 ونظاهروا بخلاف أمره فصاروا في حكم المحارب له وهذا امتناع في الكلام
 وهو لقوله تعالى ومن يشاق الله فهو له الشاق وإن كان في شق
 والآخر في شق وهذا لا يوصف به الله تعالى وإنما هو استعارة وقد
 قال أصحابنا وجميع الفقهاء إن الآية تتناول المسلم والكافر وهو قول
 السلف ومن المتأخرين من قال إن الآية خاصة في المرتدين وهذا
 فاسد لأن قتل المرتد لا يقف على المحاربة ولا على إظهار الفساد في
 دار الإسلام ولا يجوز أن يقتصر به على قطع اليد ولا على النفي والآية
 تقتضي ذلك وإن الآية تقتضي سقوط الحد بالتوبة قبل القدر

والمرتدين وسقط حده بالتوبة قبل القدرة وبعد هافد على ان الآية لا تعلق
لها بالمرتدين والذي روي انس رضي الله عنه ان العرس لما دخلوا
المدينة قال لهم النبي صلى الله عليه وسلم انطلقوا الى دودنا فاشربوا
من الباقها وابوا لها فمضوا فلما صحو اختلفوا راعي النبي صلى الله عليه وسلم
واستاقوا الدود فبعث النبي صلى الله عليه وسلم في طلبهم فاتي
بهم فقطع ايديهم وارجلهم وشمل تعينهم والقائم في الحرم فنزلت
الآية فلا دلالة فيه لان هذا الحكم فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم
قبل نزول الآية ثم نزلت الآية من بعد وجوب القطع والقتل
والصلب ويستحيل ان يقطع بالآية وقد قطع قبل نزولها ولم
يقل ان صلهم فدل على ان حكم العرس لم يكن مستفاد من الآية
وقد روي الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما ان الآية
نزلت في اصحاب ابي برزة الاسلمي وكان مواد عال للنبي صلى الله عليه وسلم
فخرج قوم الى النبي صلى الله عليه وسلم اسلموا فقتلهم اصحاب ابي برزة
واخذوا ما لهم فنزلت فيهم الآية وهذا لا يوجب الاقتصاص بحكمها
على الكفار لان الحكم عندنا لعموم اللفظ لا بخصوص السبب فاختلف
الفقهاء في الاحكام المذكورة في الآية فقال اصحابنا انما على الترتيب
فمن خرج منهم فلخاف السبيل ولم يقتل ولم ياخذ ما لا نفى ومن
اخذ ما لا قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى ومن قتل ولم
ياخذ المال قتل ومن قتل واخذ المال فالامام مخير فيه ان شا قطع

يده ورجله وصلبه وان شا صلبه وان شا قتله ولم يقطع يده ورجله
وصلبه وان شا لم يصلبه وروي عن ابي يوسف انه قال لا اعفيه
من الصلب وقال محمد اقتله ولا افنله وقال مالك الحكم على التخيير
فيجوز للامام ان يقتل من خرج ولم يعمل ما لا ولم يقتل نفسا وهو
قول سعيد بن المسيب وروي الحجاج بن ارطاة عن عطية العوفي
عن ابن عباس ان الحد على الترتيب مثل قولنا وهو قول ابراهيم والدليل
على ذلك ان الله تعالى خير في ظاهر اللفظ بين الاشياء الاربعة
فظاهر الآية لو كانت على التخيير تقتضي ان للامام ان يقتصر على النقي
في حد القاتل الاخذ للمال وهذا لا يقوله احد فثبت ان الآية لم
تضمن التخيير ولان الخارج اذا لم ياخذ ما لا ولم يقتل فانما هم بالمعصية
وذلك لا يوجب القتل كالعزم على سائر المعاصي واذا ثبت ان الآية
ليست على التخيير ففيها فعل مضمرة في كل حكم فكانه تعالى قال
ان يقتلوا او قتلوا او يصلبوا ان قتلوا واخذوا المال او قطع
ايديهم وارجلهم ان اخذوا المال او ينفوا من الارض ان اخافوا
واذا ثبت انما على الترتيب قلنا ان اخذ المال قطع لان اخذ
المال يتعلق به القطع في غير قاطع الطريق فغلظ في قاطع
الطريق بقطع الرجل وان قتلوا قتلوا لان القتل يتعلق به
القتل وغلظ ذلك في قاطع الطريق بان صار القتل لا يجوز العفو
عنه وان قتلوا واخذوا المال كان للامام ان يجمع عليهم القطع

والقتل عند أبي حنيفة وأبي يوسف وذلك لأن حد قاطع الطريق
يجب لعني واحد وهو المالا لا يرى أنه إنما يقتل ليتكن من اخذ
المال والحد إذا تعلق بسبب واحد لم يدخل بعضه في بعض الجلدات
في الزنا ولا يقال لو كان كذلك لم يجز للامام ان يقتصر على القتل لأنه
إنما يقتصر عليه لأن الترتيب غير ما خود عليه في الحد فاذا بدا
بالقتل سقط القطع حكما لاستحالة استيفائه بعد الموت
وصار كالزاني إذا جلد بعض الجلدات فمات سقط بقية الحد
عنه حكما وجه قول محمد بن النضر ومادون النفس إذا اجتمعا
لحق الله تعالى فدخل مادون النفس في النفس كالسارق إذا زني وهو
محض وأما الصلب فالامام مخير فيه عندنا لأن النبي صلى الله
عليه وسلم لم ينقل عنه أنه صلب العرسين ولأنه صفة في
القتل وصفات القتل لا تكون شرطا وجه قول أبي يوسف
إن الله تعالى نصر على الصلب كما نصر على القتل فلم يجز إسقاط واحد
منهما كما لم يجز إسقاط الآخر واختلقوا في كيفية الصلب فذكر
أبو الحسن عن أبي يوسف أنه يصلب حيا ثم سعى برمح حتى يموت
وذكر الطحاوي أنه يصلب بعد القتل والصحيح ما حكاه أبو الحسن
ووجهه أن الصلب يفعل على طريق الزجر والردع وذلك لا يكون
بعد الموت ووجه قول الطحاوي أن الصلب حيا مثله وقد نهى النبي
صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولأنه يؤدي إلى التعذيب في القتل

والتعذيب في القتل ممنوع منه وقد قالوا إن الامام يصلبه ثلاثة
ايام ثم يخلى بينه وبين اهله لأنه يتغير بعد ثلاثة ايام فيستضربه
الناس ولأن المقصود الزجر واشتغال حاله وهذا المعنى يكفي
فيه ثلاثة ايام فاما النفي المذكور في الآية فهو ان يؤخذ فيحبس
حتى يحدث توبة وقال الشافعي يطلب في كل بلد وهذا ليس بصحيح
لأن الله تعالى قال لا وينفوا من الارض فلا تخلوا ان يكون المراد به
النفي من جميع الارض لأن هذا لا يمكن مع بقاء الحياة ولا يجوز ان يكون
المراد به النفي من المكان الذي قطع فيه لأن الغرض ان يصرف أديته
عن المسلمين فلو نفينا إلى بلد آخر لاستضربه الناس هناك والامام
مأمور بدفع الضرر عن جميع الناس ولا يجوز ان يكون المراد به
النفي من دار الاسلام لأن اخراج المسلم إلى دار الحرب تعريضه
بالردة وان يصير حربا للمسلمين وهذا لا يجوز فلم يبق الا ان يكون
المراد به النفي من جميع الأماكن بالحبس وقد قبل من حبس أنه
أخرج من الارض **وقال الشاعر:**
خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها **فلسنا من الأحياء فيها ولا الموتي**
إذا جانا السجانيوم الحاجة فرحنا وقلنا جاهدنا من الدنيا
ولأن الحبس قد ثبت في العقوبات على وجه التعزير ولم يثبت الطلب
على وجه التعزير فكان إثبات ماله تطراولي فاما قوله تعالى لا
الذين تابوا من قبل ان تغدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم

فقد دل على ان قاطع الطريق اذا تاب قبل ثبوت اليد عليه سقط عنه الحد وان تاب بعد ثبوت اليد عليه لم يسقط عنه الحد كما لا يسقط الحدود بالتوبة وقد روي الشعبي عن سعيد بن قيس ان حاربه ابن بدر قطع الطريق ثم تاب قبل ان يقدر عليه فكاتب على بن طالب في عامله بالبصرة ان حارثة بن بدر خرج محارباً لله ولرسوله ثم تاب واصلى قبل ان يقدر عليه فلا تعرض له الا بخير فاما الكلام في صفة المحارب المستحق للحد فهو الخارج اذا كان ذا منعة وشوكة لانه انما فارق السارق بهذا المعنى ومن خرج في غير مهر بسلاح او حسب فامتنع وقد ران يدافع عن نفسه فقد حارب وان تغرد باليد فجرا عليه الحد فامتنع فعل ذلك في المصر فان الحد لا يجري عليه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجري عليه الحد وجه قولهما ان الخارج في المصر يلحقه الغوث في الغالب فلا يتكمن من المغالبة فصار في حكم السارق وجه قول ابي يوسف ان هذا احد فلا تختلف في المصر غير المصر كسائر الحدود وكان اصحابنا يقولون انما اجاب ابو حنيفة على ما شاهد في زمانه لان اهل الامصار كانوا يحملون السلاح فلا يتكمن قاطع الطريق من مغالبتهم في المصر فاما الان وقد ترك الناس هذه العادة وامكن ان يتغلب قطاع الطريق في الامصار فلا يدفعون فان الحد يجري عليهم وعلي هذا قال ابو حنيفة فيمن قطع الطريق بين الحيرة

والكوفة انه لا يجري عليه الحكم لان الغوث في زمانه كان يلحق ذلك الموضع لاتصال المصر به فاما الان فقد صار ذلك كالبرية فيجري فيه احكام قطاع الطريق وانما قال في قاطع الطريق يستوي فيه الامتناع بالخشب او السلاح لان المعنى يوجد بهما جميعا وهو التغلب والامتناع وانما خصه بدار الاسلام لان الحدود اذا وجدت اسبابها في دار الحرب لم يستوفها الا امام في دار الاسلام وانما خص بذلك من قطع على المسلمين واهل الذمة لان ما دخل واحد منهم حطرت على التابيد فاما المستامن فما له محصور حصارا موقفا فلا يتعلق به الحد كما لا يتعلق به القطع في السرقة قال وسوا منهم من باشر القتل واخذ الاموال ومن لم يباشره وكان رد الهمة واقفا فالحكم فيهم كأنهم سوا ما لزم المباشرة فصولا لم لغريم ممن كان معينا لهم وذلك لانه حكم يتعلق باخذ مال على وجه المحاربة فيستوي فيه المعين والمباشر كالغنيمة ولان المقصود من قطع الطريق ليس هو المباشر وانما هو التمكين وهذا المعنى موجود في الرد وذكر ابو يوسف في قطاع الطريق في المصر ان قاتلوا نهارا بسلاح جري عليهم الحكم وان خرجوا بخشب لم يجز عليهم الحكم وان قاتلوا ليلا بسلاح او خشب فصر قطاع طريق وذلك لان المقاتل بالنهار بالسلاح ليلا يتركه الغوث ياتي على من خرج عليه واذا كان بخشب

ادركه الغوث قبل ان ياتي عليه فاما الليل فان الغوث فيه يقتل فياتي
عليهم بالامر من جميعا فلذلك استويا قال وما وجب على قاطع الطريق
من قتل او قطع او صلب فذلك الى الامام ليس الى الاولياء منه
شي ولا الى ارباب الاموال طالب الاولياء او لم يطالبوا عفووا ولم
يعفوا برؤا منه او صالحوا عليه فذلك كله مردود يتولى الامام
اقامة ذلك عليهم لله تعالى وذلك لان القتل والقطع انما ثبت على
طريق الحد والحدود تثبت لحق الله تعالى فلا يوثق فيها عفو الادمي
ولا صلحهما قال وليس للامام ايضا اذا ثبت ذلك عنده تركه ولا
اسقاطه ولا العفو عنه لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال ما ينبغي لو ابي حد اي في حد من حدود الله الا اقامة وروي انه
قال صلى الله عليه وسلم تعافوا الحدود فيما بينكم فاذا رفعت الى الامام
فلا عفا الله عنه ان عفا قال وانما يجري الحد في قاطع الطريق اذا
كان ما اخذوه من المال نصيب كل واحد منهم منه عشرة دراهم
فصاعدا وقال الحسن بن زياد عشرة دراهم فصاعدا وقال عيسى بن
ابان اذا قتلوا اجري عليهم القتل حدا وان كان ما اخذ كل واحد منهم
اقل من عشرة دراهم والوجه في اعتبار النصاب ان هذا الحد انما جاز
صيانة للاموال لا تربي ان قطاع الطريق لا يخرجون للقتل وانما
يخرجون لاختاد الاموال وانما يقتلون ليكنوا من اخذ المال والحد
الذي يجب باخذ المال يعتبر فيه نصاب مقدري في حوكل واحد من

المشركين

المشركين كالشركة وجه قول الحسن ان في السرقة يقطع طرف واحد
بسرقة عشرة فاذا كان في قطع طرفين يشترط فيه نصابان
واما عيسى فانه يقول ان القطع في قاطع الطريق يجب باخذ المال
والقتل بالقتل ومعلوم انهم لو اخذوا المال ولم يقتلوا اجري
عليهم حد القطع كذلك اذا قتلوا ولم ياخذوا المال اجري عليهم
حد القتل قال وما يسقط الحد في السرقة والحدود من الشبهة
فهو يسقط ما يلزم من حدود الحاربة وذلك لما بينا انها عقوبة
تجب لحق الله تعالى فيوثر فيها الشبهة كسائر الحدود قال واذا
كان في الحاربين ذورحم محرم من المقطوع عليهم لم يقطع واحد منهم
فكان ابو بكر الرازي يقول هذه المسئلة محمولة على ان المقطوع
عليهم مشتركون في مال واحد وفي قطاع الطريق ذورحم من
احدهم فلا تجري الحد على الباقي لان مال ذي الرحم كمالا حيه القا طع
في باب الحد فصار جماعة قطعوا على مال مشترك بين واحد هم
وبين المقطوع عليهم فاما اذا كان لكل واحد منهم مال منفرد فان
الحد تجري عليهم لان الاخذ من ذي الرحم لا يتعلق به حد والاخذ
من غيره يتعلق به الحد وهو اخذ منفرد فيصير جماعة سرقوا
من اجنبي وسرقوا من حرز احرام لا يثاوي فيه احدهم او لذي
رحم من احدهم قال واذا كان في الحاربين او مجنون سقط الحد عند
ابي حنيفة وزفر عن جماعةهم وقال ابو يوسف ان باشر الاخذ والقتل

الصبي والمجنون فلا حد على الباقيين وان باشر العقلا حد الباقيون
وجه قولها ان الصبي والمجنون لا حد عليهما وقد شارك في سبب
الحد وسبب العقوبة اذا شارك فيه من لا يلزمه عقوبة بنفس
الفعل لم يجب على الباقيين كالمخطي والعامد اذا اشترك في القتل وجه
قول ابي يوسف ان الصبي اذا باشر فهو المتبوع والباقيون تبع
فاذا لم يجب على المتبوع فسقوطه عن التبع اولى واذا باشر
العاقل فقد وجب الحد على المتبوع فسقوطه عن التبع لا يمنع
وان كان فيهم امرأة فان هشا ما قال سمعت محمدا يقول في عشرة
قطعوا الطريق وفيهم امرأة فوليت المرأة القتال فقللت واخذت
ما لا ولم يفعل ذلك الرجال فاخبرني ان ابا يوسف قال اقتل الرجال
واصع بهم ما اصنع بالمحاربين ولا اقتل المرأة وما لم يقتل
المرأة ان كانت قتلت واخذ منها المالا ان كانت اخذت ما لا ولا اقتل
الرجال ولكنني اوجعهم ضربا واحبسهم وروي بن ستم في نوادره
قال محمدا قال ابو حنيفة في قوم قطعوا الطريق وفيهم امرأة والذي
ولي القتل منهم امرأة قال ادري عنهم جميعا وهو قول محمدا وقال
ابو يوسف اقتل الرجال ولا اقتل المرأة وروي بن سماعة وعلي
ابن الجعد عن ابي يوسف قال قال ابو حنيفة ان كانت معهم
امرأة قطعت منهم او غلام لم يحتمل درات الحد عنهم جميعا وقال
ابو يوسف ادراعن المرأة والغلام الحد واقم الحد على الرجال

٢٤٤
اذا اشتركوا اما الكلام في اجر احد قاطع الطريق على النساء المشهور
من قول اصحابنا انه لا حد عليهم وذكر الطحاوي في مختصره قال
والنساء الرجال في قطع الطريق سواء وانكر ذلك اصحابنا فوجه
قولهم المشهور انه حكم يتعلق باخذ مال على طريق الحاربة والمغالبة
فلا تساوي المرأة فيه الرجال كالسهم في الغنمة ووجه ما قال
الطحاوي انه حد في مستوى في وجوبه الرجل والمرأة كساير
الحدود لان الحد ان كان للقطع فذلك يثبت في حق النساء كالسرقة
وان كان القتل يثبت في حقهن كالرحم فاذا ثبت ان الحد لا يجب على
النساء لم يجب على الرجال لانه شاركهم في سبب الحد من لا حد
عليه بنفس الفعل واما ابو يوسف ففرق بين المرأة والصبي
فقال ان الصبي اذا باشر لم يحد من لم يباشر واذا باشرت المرأة
حد الرجال لان المرأة من اهل التكليف وتتعلق بالحدود بفعلها
وانما سقط عنها المعنى في نقصان محاربتها فلا يوجب ذلك
سقوط الحد عن غيرها واما الصبي فلا يتعلق بفعله حد
لعدم التكليف فيسقط عن من هو تابع قال ويدفع من قتل
منهم وهو رجل ليس بمجنون قبل تحديده الى الاوليا فيقتلون
او يعفون وان كان قتل بعصا او حجر كان على عاقلته الدية
لورثة المقتول وان كان الذي ولي القتل الصبي او المجنون
كان على عاقلتهما الدية وان كان اخذا الاموال ضمنا وذلك

لان الحد اذا سقط بقي حق الادبي في القصاص والضمان الا ترى ان الحد
في السرقة لحق الله تعالى فاذا سقط وجب ضمان المالك كذلك اذا سقط
الحد ههنا وجب القصاص في قتل العمد والدية في شبه العمد
ولزم ضمان المالك وكذلك اذا مات المحاربون قبل الفدية عليهم
وقد قتلوا لولا اخذوا الاموال وافعلوا احدا لامر من وذلك
لان الحد يسقط بالتوبة قبل الفدية فنجب بالقتل واستهلاك
المال ما يجب في غير المحاربة قال فان جاوا تايبين وقد جرحوا
جرحا اقتض فيما يقدر على القصاص فيه ويضمنون ما اخذوا
من الاموال ان كانت مستهلكة وذلك لان الحد لما سقط بالتوبة
صار كالجراح في غير قطع الطريق قال واذا اخذوا وقدروا عليهم
قبل التوبة ولم يلزمهم قتل ولا اخذ مال وقد كانوا اصابوا قوما
بجراحات فانه يقتصر فيما يقدر على القصاص فيه ويضمنون
ما لا يقدر على القصاص فيه ويستودعون الحبس وذلك
لانهم اذا لم يصيبوا مالا ولم يقتلوا انفسا فالواجب عليهم التعزير
فلا يدخل فيه الجراح واذا قتلوا واخذوا فالواجب فيه الحد
فدخل فيه الجراح واذا قتلوا واخذوا فالواجب فيه الحد فدخل
الجراح فيه قال فان احدهم الامام غير تايبين وكان ما اصابوا من المال
مالا يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم وقد كانوا جرحوا وقتلوا
قال لا يقطعون ويضمنون المال ويقتصر منهم فيما اصابوا من قتل

٢٤٢
او جراح عمدا وذلك لما بينا ان الحد لا يجزأ عليهم الا بعد كمال الضمان
في حق كل واحد منهم واذا سقط الحد صار كالقتل والجرح في غير
قطع الطريق قال وكذلك اذا سقطت الحدود التي في الآية بمعنى
من المعاني بتوبة او شبهة بطل عنهم ما كان في الآية من الحدود
ورجعوا في ذلك الى حكم غير المحاربين وهذا على ما قدمنا وذكر
حديث الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس في قوله تعالى انما جزا الذين
يحاربون الله ورسوله الآية قال كان هذا فيما بلغنا في حي من مكانة
كان بينهم وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم خلف من موادعة
فعد ناس منهم فقطعوا الطريق على من ياتي رسول الله صلى الله
عليه وسلم فنزل جبريل عليهم فيهم بهذه الآية القصة فامر رسول
الله صلى الله عليه وسلم بطلبهم وقال من قدرت عليه منهم وقد
قتل واخذ المال فاقتله واصلبه ومن قدرت عليه منهم
وقد قتل ولم ياخذ مالا فاقتله ومن وجدته وقد اخذ المال
ولم يقتل فاقطع يده ورجله ومن اعجزك ان تدركه فهو هرج
من لقيه قتله وهذا المينفي الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا
عليهم فمن جاء منهم تايبا قبل ان تقدر رهدا الاسلام ما كان منه
في الشرك وكان الله عفو راحما وهذا الخبر يدل على ان الحد
على الترتيب خلاف قول من جعله على التحجير وذكر عن علي رضي الله
عنه في قوله تعالى انما جزا الذين يحاربون الله ورسوله قال كان

عابقضي في الرجل اذا حارب الله ورسوله فاخذ قبل ان يحيى تأييدا نظري في
امر فان لم يجك اصاب مالا ولاد ما سي سس وان وجد اصاب
دما صلب وقتل وان وجد اصاب مالا جلد وزجل حد المملوك
وحرم نصيبه من الف سنة وهذا بدل من قول من على ان الحد يجري
على المسلمين لان الكافر لا حوله في الف و ذكر عن الليث بن سعد عن محمد
ابن عجلان عن ابي الزناد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قطع الذين
سرفوا الفاحه وشمل اعينهم بالنار عاتبهم الله تعالى في ذلك فانزل
انما جزا الذين يحاربون الله ورسوله وعن بن سيرين في قصة
العرس قال كان هذا قبل ان ينزل الحد وهذا يدل على ان الآية
لم تنزل في شأن العرس وانما يجري عليهم من الحكم كان بغير الآية
باب من له ان يقيم الحدود
قال محمد في كتاب السرقة في الامير يكون بالسواد على طسرح او شاق
على معونة او جراح بونا سارق وشهد عليه الشهود بالسرقة
وتثبتونها عليه قال ليس له ان يقطع ولا يحكم في الحدود انما
ذلك الى امير الامصار والمدن والاصل في هذا ان اقامة الحدود
الى امام المسلمين لانها حق الله تعالى والامام هو المنصوب لاستيفاء
حق الله تعالى وللإمام ان يستخلف على اقامة الحدود واللا تري
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يولي الامرا ويجعل اليهم تنفيذ
الإحكام واقامة الحدود ولان الامام لا يقدر على استيفاء جميع

الحدود بنفسه لانه مقيم في مكان واحد والحدود تجب في اقطار
الارض فلو لم يستخلف عليها ادى ذلك الى ابطائها وهذا لا يجوز
واذا ثبت ان له ان يستخلف فذلك على ضربين احدهما ان ينص على
اقامة الحدود فيجوز لخليفته اقامتها لانه اذن له في ذلك والثاني ان
يوليه ولاية عامة مثل امانة اقليم او بلد عظيم فيملك هذا التواهي
اقامة الحدود وان لم ينص له عليها لانه فوض اليه القيام بامر المسلمين
في بلد تقويضا عاما فملك اقامة الحدود كما يملك النظر في سائر
مصالحهم واما اذا ولا رجلا ولاية خاصة مثل جباية الخراج لمر
اقامة الحد ودلانه لم ينص على توليتها ولا فوض اليه عموم التصرف
وانما قلده امر اخاصا فوجب ان يختص تصرفه بما فوض اليه قال في
الامير يستعمل على الجيش الكثير فيدخل دار الحرب غاريا فيوتي بسا رق
من جنده وقد سرق مالا قال ان كان امير مصر من الامصار او
مدينة من المدن فغزا جنده فانه يقيم الحدود ويقطع السا رق
ويقضي في عسكره كما يقضي في مصر ومدينته وان كان ليس بامير مصر
ولا مدينة وانما بعثه امير مصر او المدينة غاريا فلا ينبغي لهذا
ان يقيم الحدود في عسكره وذلك لان امير مصر يملك اقامة الحدود
في بلد فاذا اخرج بأهله او ببعضهم ملك عليهم ما كان يملك منهم قبل
الخروج وليس كذلك من اخرجه امير البلد غاريا لانه كان لا يملك
اقامة الحدود قبل خروجه ولم يجعل اليه ذلك ولا فوض اليه التصرف

على العموم فلا يملك إقامة الحدود وقال في قوم من اهل البغى قاتلوا المسلمين
وبأينوبهم فكانوا في عسكر او مدينة عظيمة لهما امام وحكمهم ظاهر
على اهل تلك المدينة والبلاد والمسلمون واهل العدل في عسكر
عظيم معهم امامهم فأتى بسارق قد سرق من العسكر من الجند
من اهل السوق او من اهل المدينة عبدا كان او حرا قال يقطعه
ويقيم في عسكر الحدود ويقضي بالقصاص في الاشياء كلها كما
يقضي اذا كان مقيما في غير العسكر وذلك لان الامام يده ثابتة
على جميع دار الاسلام فسوا كان في مصر او عسكر فولايته باقية
فله ان يقيم الحد قال وكذلك ان استعمل قاضيا لحدود
تفتقر الى سماع الشهادة والقاضي يملك ذلك واذا ملك اثبات
الحد الاستيفاء قال فان جاء رجل من اهل البغى ثانيا واتاه بسارق
قد سرق من عسكر اهل البغى لم يقطعه لانه سرق في موضع لا يد
للامام عليه فلم يثبت للامام حق المطالبة عند السرقة ولا يثبت
له في الثاني قال ولو كان قدم من اهل العدل تجارا في عسكر اهل
البغى او كانوا اسري في ايديهم فسرق رجل منهم متاعا من رجل
فلما خرجوا الى اهل العدل احد السارق واقام عليه البيعة لمر
يقطعه الامام وذلك لانه سرق في موضع لا تجري فيه حكم الامام
فصار كالسارق من دار الحرب قال وكذلك لو كان هؤلاء التجار هؤلاء
الاسير في دار الحرب من اهل الشرك وذلك لان دار الحرب لا يد فيها

٢٤٥
للإمام ولا يستوفي الحدود التي وجبت فيها قال وكذلك لو ان رجلا
من المسلمين زنا في دار الشرك بامرأة من المسلمين او من اهل
الشرك او سرق في دار الحرب خمرا او فعل ذلك كله في عسكر
اهل البغى ثم أتى به امام اهل العدل لم يقر عليه الحد في شيء من ذلك
وهذا لما قد مناه قال وكذلك رجل من اهل العدل اغار في عسكر
اهل البغى فسرق فجا به اصحاب المسروق منهم الى امام اهل
العدل لم يقطعه الامام وهذا الوجهين احدهما انه سرق
في موضع لا يد للامام فيه والثاني انه اخذ لشبهة لان اهل
العدل ان يأخذوا اموال اهل البغى فيحبسوها حتى يتوبوا
فيعطوهم ذلك لا لحداد ولا لثبته شبهة سقط القطع فيه
قال وكذلك لو ان رجلا من اهل البغى اغار في عسكر اهل العدل
ليلا فسرق ثم رجع الى عسكره ثم اخذ بعد ذلك فأتى به
امام اهل العدل لم يقطعه وذلك لان اهل البغى يستحلون
اموالنا ولهم ان ينفردون بها واحكامهم تجري فيها فلم
يطالبوا باحكامنا كما لم يطالب الصحابة بعضهم بعضا بما
كان في الفتن من الدماء والاموال قال ولو ان رجلا
في دار اهل الجور سرق مالا وهو ممن شهد على صاحبه
بالكفر ويستحل ماله ودمه فسرق منه مالا قطعتة وذلك
لان هذا من اهل دارنا سرق من دارنا وبدا الامام ثابتة عليه

فلو سقط الخلد بنا ويلم لم يتم حد في سرقة الا ترى ان كل سارق يدعي
استحلالا لما للمسروق منه ليسقط عن نفسه القطع وهذا
لا يصح **كتاب الهبة**
قال ابو الحسن الهبة جازية عند اهل العلم جميعا والاصل
في جواز الهبة الكتاب والسنة والاجماع قال الله تعالى فان
طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وقال النبي صلى الله
عليه وسلم تهادوا وتحابوا واجمع المسلمون على ذلك قال ولا
تملك عند اصحابنا الا بالقبض فاذا قبضت بعد القول ملكت
وما لم تقبض فهي على ملك الواهب تجوز جميع تصرفه فيها كما كان
يجوز قبل القول والقبض ان يعتق ما وهب قبل القبض ويبيع
ويرهن ويوажرو يفعل جميع ما يفعل المالك في ملكه لا يمنعه
ما تقدم من عقد الهبة وسواء كان الموهوب له في هذا الوجه
ذارحم او اجنبيا وقال مالك تملك الهبة بالعقد من غير قبض
لنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال يقول الله تعالى
يا ابن ادم تقول مالي مالي ليس لك من مالي الا ما اكلت فافئيت
اولست قابليت او تصدقت فافئيت فجعل الصدقة له اذا
قارنها الامضا وروي عن ابي بكر رضي الله عنه انه قال المعايشة
في وصيته اني كنت نخلتك حرا دغرز وسقام مجالي بالعالية
وانك لم تكوني حزينة ولا قبضتيه وانما هو مال للوارث فلم يحكم

بتمام الهبة لعدم القبض فيها وروي عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
ان ابا بكر وعمر قال لا تتم الصدقة الا بالقبض وروي مثل ذلك
عن ابن عباس ومعاذ بن جبل والذي روي عن علي وعمر انهما قال لا في
الصدقة اذا اعلنت جازت فمحول على صدقة الاب على ابنه الصغير
ولا الهبة تبرع والتبرع لا يملك بمجرد القول حتى ينضم اليه
غيره كالوصية ولا الهبة تبرع في كمال الحياة والوصية تبرع
بعد الموت فاذا كان احدهما لا يملك بالقول فكذلك الاخر
واذا كان ثبت ان الملك يقع بالعقد والقبض فالعقد من غير
قبض كالاجاب من غير قبول ومعلوم ان اجاب البيع اذا حصل
جاز للبايع ان يتصرف في المبيع كما يتصرف كما كان يتصرف من قبل
فصل قال وللواهب ان يرجع فيها عند اصحابنا
جميعا اذا كان الموهوب له ليس بذي رحم محرم ولا زوج ولا زوجة
ولم يعوض الواهب من هبته شيئا وكانت على حالها في ملك الموهوب
له لم يزد في نفسها خيرا سوا كانت الزيادة بفعل الموهوب له او غيره
فاذا تغيرت مما ذكرنا فللواهب ان يرجع فيها في الحكم ويكره له ذلك
فيما بينه وبين الله تعالى وقال الشافعي لا يثبت الرجوع في الهبة
الا فيما وهبه الوالد لولده لنا حديث ابي هريرة رضي الله عنه عن
النبي صلى الله عليه وسلم قال الواهب احق بهبته ما تنب منها
وروي بن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الواهب

أحق بهبته والعائد في هبته كالكلب يقي ثم يعود فيه فدل على
هذا جواز الرجوع وعلي كراهته ولأن التبرع على ضربين تبرع
بالمعين وتبرع بالمنفعة وهو العارية فإذا كان أحد العقد من
مقتضاء الرجوع فكذلك الآخر فخرج الشافعي رضي الله عنه
بقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل لو أهب أن يرجع في هبته
إلا ما وهبه الوالد لولد فالجواب أن هذا محمول على الرجوع
في الهبة على وجه الابتياح من الموهوب له وذلك لأنه يكره
للواهب أن يبتاع الهبة من الموهوب له لأنه يستحي منه
ويسامحه في ثمنها فيصير كالراجعي في بعضها ولهذا روي
عن عمر أنه قال حملت رجلا على فرس في سبيل الله فوجدته
في السوق بمتاع فاردت أن ابتاعه فسالت رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن ذلك فقال لي لا تعد في صدقتك فدل على
أنه لا يكره له الابتياح فالرجوع محمول عندنا على هذا الوجه
وإن جاز فيها وهبه الأب لابنه لأن بينهما مباسطة تمنع من
التوقف عن الاستيفاء لم يكره ذلك ويحتمل أن يكون المراد بالخبر
الرجوع بغير رضا ولا قضا وذلك لا يجوز عندنا إلا فيما وهبه
الوالد لولد فإنه يحل له أخذه بغير رضا ولا قضا إذا احتاج
إليه للاتفاق على نفسه وإذا ثبت أن عقدا الهبة يقتضي الرجوع
قلنا إذا كانت لذي رحم محرم فلا رجوع فيها لأن الثواب حصل

بعقدها وهو صلة الرحم الكامل فصار الثواب كالعوض وقد
قال صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته ما لم ينتب منها
ولأن الوالد والولد بينهما رحم كامل فلا يرجع أحدهما فيها
وهبه للآخر كالأخوين وأما ما وهبه كل واحد من الزوجين
للآخر فلا رجوع فيه لأن الزوجية أجرية مجري القرابة
بدلالة أنه يتعلق بها التوارث في جميع الأحوال والقرابة
الكاملة تمنع من الرجوع في الهبة وأما إذا عوض عن الهبة
في العقد أو بعد العقد فلقوله صلى الله عليه وسلم الواهب
أحق بهبته ما لم ينتب منها ولأن الواهب إنما يهب للعوض
الآتري أنه لو لم يقصد العوض لتصدق فإذا سلم له العوض
فقد حصل له المقصود بالعقد فسقط الرجوع وأما إذا
زادت الهبة زيادة متصلة سقط الرجوع سواء كانت
تلك الزيادة بنقل الموهوب له أو بغير فعله وذلك لأن الزيادة
لم يقع عليها العقد فلا يقع عليها الفسخ كعين أخرى وإذا نفذ
الفسخ من الزيادة ولم يكن من الأصل ونها سقط الفسخ وأما
إذا خرجت الهبة من ملك الموهوب له سقط الرجوع لأن
اختلاف الملكين كاختلاف العيين ومعلوم أنه إذا وهب عينا
لم يرجع في أخرى فكذلك إذا أوجب ملكا لم يفسخ ملكا آخر
فصل قال والصدقة لا تملك إلا بالتبض بعد

انعقد لقوله صلى الله عليه وسلم ليس لك من مالك الا ما قصدت فامضيت
 ولانه عقد تبرع فلا يتم مجرد القول كالوصية قال ولا رجوع في
 الصدقة بعد قبضها لا تجوز الغنبة على حال وذلك لان الصدقة
 يقصد بها الثواب وقد حصل ذلك من جهة الله تعالى فصار كالعوض
 اذا سلم من جهة الموهوب له **فصل** قال ولا تجوز هبة
 المشاع مما يقسم ولا صدقته ويجوز فيها لا يقسم وقال الشافعي
 يجوز في الجميع لما روي ان ابا بكر قال لعائشة اني نخلتك جزا
 عشرين وسقما من مالي بالعالية وانك لم تكوني حزتيه ولا قبضتيه
 فاعتبر الامر من القبض والحيازة وليس ههنا معنى غير القبض
 يعتبر الا بالقسمة ولان الهبة لا تملك الا بالقبض والاشاعة
 مؤثرة في القبض واذا قارب سبب التملك ما يورث فيه على وجه
 لا يمكن ازالته منع من وقوع المثلك غيره في الملك وليس كذلك
 ما لا يقسم لان الحاجة داعية الى هبة بعضه ولا يمكن ازالة
 اشاعته بالقسمة فجوز ذلك لاجل الضرورة وهذا لا يوجد مما يقسم
 لانه يمكن ازالة الاشاعة بالقسمة ثم التسليم بعد ذلك ولان الهبة
 لو جازت في مشاع محتمل القسمة كان للموهوب ان يطالب الواهب
 بالقسمة عقيب الهبة فيلزمه اجرة القسمة فيؤدي ذلك
 الى احباب الضمان على الواهب للموهوب له فيما وهب لاجل هبته
 وهذا المعنى لا يوجد فيما لا محتمل القسمة فلذلك جازت هبته

قبض الهبة

اذا كانت الهبة عينا من الاعيان لم يصح القبض فيها الا ان تكون
 مخونة مقررة من غيرها غير مشغولة به فاذا كان كذلك جاز
 القبض وصح ملك الهبة للموهوب له وخرجت عن ملك الواهب
 وهذا على ما قدمنا ان الهبة لا تملك الا بالقبض فاذا كانت مخونة مقررة
 فقد صح القبض فيها فوقع به الملك قال وان قبضه وهي متعلقة بغيرها او مشغولة
 به لم يصح القبض ولم يملكها الموهوب له وكانت باقية على ملك الواهب وذلك مثل ان
 سب دار فيها مشاع للواهب او طرقا فيه مشاع للواهب دون المتاع او خلا وثمرته
 للواهب متعلقة به فتلف فيه لبس النخل دون الثمرة او بهب ارضا فيها زرع للواهب
 دون الزرع او بهب دابة عليها حمل للواهب دون الحمل وقبضها جميعا فان ذلك
 لا يكون قبضا يصح به الهبة على ملك الواهب وكذلك ان وهب ثمر النخل دون النخل
 او الزرع دون الارض وقبض النخل والثمره والارض والزرع وذلك لان الموهوب مشغول
 بما لم يقع عليه الهبة فصار كهبه المشاع ولان يدا الواهب ثابتة على متاعه الذي
 في الدار من طريق الحكم فصار كنبوت يده في البقعة من طريق المشاهدة فيمنع ذلك
 من قبض الموهوب له **فصل** قال وان وهب له عبدا او ثوبا او عينا
 من الاعيان مخونة مقررة ولم ياذن له في قبضها فقبضها الموهوب له في الحال
 والواهب حلي ضرر لذلك جاز القبض عند اصحابنا استحسانا وان قبضها بغير
 حضور الواهب لم تجز القبض ذكر القياس والاستحسان في الزيادات وجه
 القياس ان القبض في الهبة يقع الملك به وما يقع به الملك يقف على اذن للملك

وسلطة كالتبطل ولا زال بيع يتم بالاجاب والقبول ولا زال البيع بالاجاب
والقبول ولا يصح قبضه الا باذن البايع فلان لا يصح القبض فيما لم
يملك بغير اولى وجه الاستحسان ان الواهب انما يقصد بالهبة
التمليك وذلك لا يتم الا بالقبض فصارت الهبة تسلطا على القبض
فكانه اذن فيه ولا زال اجاب والقبول من الهبة كاجاب البيع
وقبضها كقبول البيع ومعلوم ان اجاب البيع اذا حصل كان
تسلطا على القبول كذلك الاجاب والقبول في الهبة واما اذا
قام من المجلس ثم قبض الموهوب لم يصح القبض لما بينا ان القبض
كالقبول في البيع ومعلوم ان القبول لا يثبت حكمه بعد الافتراق
فكذلك القبض قال وان اذن له في القبض فقبض الهبة كحضرة
الواهب او بغير حضرته جازا القبض اما اذا قبض حضرته فلا
شبهة فيه لانه لو قبض بغير اذنه جازا فاذن قبض ياذنه فهو اولى
واما اذا اقر قايما قبض فالقياس ان لا يجوز القبض لان الاذن لا يثبت
حكمه بعد الافتراق كما لا يثبت حكم الاجاب ولا ان القبض كالقبول
فلا يصح بعد الافتراق وان اذن فيه والاستحسان ان يصح القبض
لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم حمل اليه سبب مداب فجعلن يزدلفن
اليه فقام فخرهن بينه وقال من شا فليقطع وانصرف فاذن لهم
في القبض بعد الافتراق فدل على ان الملك يقع به ولا ان التسليط
اذا حصل بالاجاب لم يثبت حكمه بعد الافتراق وفي مسلتنا قد

٢٤٩
صرح بالامر بالقبض فيثبت حكمه بعد الافتراق كالبايع اذا اذن
للمشتري في قبض المبيع قال فان وهب له ديناه على رجل
واذن له ان يقبضه من الذي هو عليه جازا اذا قبض ذلك
استحسانا والقياس ان لا يجوز وان لم ياذن له في قبض الدين لم
يجز الهبة وان قبضه الموهوب له كحضرة الواهب وباذنه
ففيه القياس والاستحسان ذكره ابو يوسف في الاملا وجه
القياس ان الدين حق والحقوق لا يجوز هبتها كالمناقع ولا ان القبض
لا يتاثر في ما في الدم والهبة لا تصح الا بالقبض وجه الاستحسان
انه اذا اذن له في القبض قام قبضه مقام قبض صاحب الدين فتعين
المال ملكا للواهب وصار الموهوب له قابضا بعد ذلك فيجوز
كما يجوز قبض الهبة بعد الافتراق وليس كذلك اذا لم ياذن له
في القبض لان ما يتعين من المال ملك للذي عليه الدين فتعين المال
ملكا للواهب وصار الموهوب له قابضا بعد ذلك فيجوز كما يجوز
قبض الهبة بعد الافتراق وليس كذلك اذا لم ياذن له في القبض
لان ما يتعين من المال ملك للذي عليه الدين فلا يصح هبة الواهب
فيه فلذلك لم يملكه قال وان وهب له شيئا عا ثم قسم
ما وهب وافرزه ثم سلم الى الموهوب له جازا وكذلك اذا وهب
دارا فيها طعام للواهب او ثمة معلقة في نخل وزرع في ارض
فاخرج الطعام من الدار وجزا الثمر من النخل وحصد الزرع ثم سلم

ذلك يجوز استقرار ذلك منظر في ذلك الى حال القبض ثم دون حال
العقد وذلك لان هبة المشاع جائزة وانما لا يقع الملك بقبضها
بدلالة ما روي ان ابا بكر وهب لعائشة جزاذا عشرين وسقا ولولا
انه عقد عقد جائز الى قسمة وسلم لم يحجز عقده ولان المانع من وقوع
الملك اذا زال وقع الملك كالبيع اذا لحق به شرط باسقاط ذلك الشرط
قال ولو وهب دارا لرجلين او كرا من طعام او الف درهم او شيئا
مما يكال او يوزن او شيئا مما يقسم لرجلين وقبضا ذلك لم تجز الهبة
عند ابي حنيفة وهي جائزة عند ابي يوسف ومحمد واصل ابي حنيفة
في هذا ان الاشاعة اذا حصلت في قبض الموهوب له منعت الهبة
وان حصل قبضه في غير مشاع جازت الهبة فجوز هبه الاثنين من
الواحد ولم تجوز هبة الواحد من الاثنين فاعتبر ابو يوسف
ومحمد في فساد العقد حصول الاشاعة في الطرفين فاذا حصلت
الاشاعة في احد الطرفين لم يمنع الهبة فجوز هبة الواحد من الاثنين
وهبة الاثنين من الواحد وجه قول ابي حنيفة ان الاشاعة مؤثرة
في القبض وقبض الموهوب يقع به الملك فاذا قارن ما يقع به
الملك ما يقدر فيه منع ذلك من الملك كعقد البيع اذا قارنه
الشروط المفسدة ولان الهبة لا يكون بعضها شرطا في بعض
فكانه افرد لكل واحد منهما العقد وليس هذا كهبة الاثنين من
الواحد لان الحكم لا يتعلق بالعقد وانما يتعلق بالقبض وقد حصل

القبض

القبض في غير مشاع وليس هذا كالصدقة على اثنين لان المقصود بالصدقة واحد وهو
الله تعالى والقبض قائم مقامه في القبض فصارت الهبة من الواحد اكل وكيلين بقبضها
وجه قولها ان الاشاعة في احد الطرفين لا تمنع من الهبة كهبة الاثنين من الواحد لان الهبة
يُعتبر فيها القبض كالرهن ثم جاز رهن الواحد من الاثنين فكذلك هبته والجواب ان المقصود
بالهبة الملك ولا يجوز ان يحصل الملك لكل واحد منهما الا في البعض فكانه افرد ذلك بالعقد
والمقصود من الرهن الوثيقة ويجوز ان يتوثق كل واحد منهما بجميع العين ولذلك صح الرهن
منهما قال ولو قسم ذلك وسلم الى كل واحد منهما حصته مقسومة جاز وهذا تفريع على
قول ابي حنيفة لانه اذا قسم ذاك المعنى المفسد لحصل القبض على وجه الصحة قال وان
وهب عبدا او ثوبا لرجلين او شيئا مما لا يقسم جاز ذلك في قولهم جميعا لان الاشاعة فيما لا يحتمل
القسمة غير مؤثرة في الهبة قال ولو وهب رجلا دارا بين الرجل وسماها اليه جاز في
قولهم جميعا اما على اصل ابي حنيفة فلان القبض وقع في غير المشاع وعلى اصلهما
الاشاعة في احد الطرفين وقال ابن سماعه عن ابي يوسف في رجل قال لرجلين قد
وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها فهو جائز وكذلك لانه
وهبها جملة ثم فسر ما اقتضته الجملة من الحكم بعد وقوع الهبة فلا يمنع
ذلك من صحة العقد قال ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم تجز
لانه اخر واحد النصفين عن الاخر بنفس العقد فوقع العقد في مشاع
فان قال قد وهبت لكما هذه الدار ثلثها لهذا وثلثها لهذا لم تجز ذلك عند
ابي يوسف وجاز عند محمد فانفق ابو حنيفة وابو يوسف على فساد
هذا العقد من اصلين اما ابو حنيفة فافسد لوجود الاشاعة في

القبض واما ابو يوسف فانه قال لما خالف بين نصفيهما دل على ان العقد لاحدهما
عن العقد الاخر فصار كانه اقربهم بالعقد ولان القبض شرط في الهبة كالهبة
ولو رهن عينا واحدة من اثنين لاحدهما الثلث والاخر الثلثين لم يجز كذلك
هذا قال واذا كانت الدارين رجلين او شي يقسم فوهب احدهما نصيبه
لشريكه وسلم اليه الكل لم تجز الهبة في قولهم جميعا وذلك لان المانع من الهبة
الوقوف قبض الموهوب له في مشاع تجزئ القسمة وهذا المعنى موجود
في الشريك قال ولو هب رجل لرجل ما في بطن جاريته او ما في بطن غنمه
او ما في بطن ضرعها او ما في وهب له سمن في لبن قبل ان يسلي او زبدا
فيه قبل ان تخض او دهن في سمس قبل ان يعصر او زيتا في زيتون
او دقيقا في حنطة وسلطه على قبضه عند الولادة او عند استخراج
ذلك فان ذلك لا يجوز لان الموهوب لا يصح العقد عليه فلا يجوز
هيبته كما لا يجوز بيعه ولا يجوز العقد وان قبض ذلك لان العقد عليه
في الاصل لم يصح الا ترى ان بيعه لا يجوز فصار كالفساد في نفس المعقود
عليه فلا يرفع من العقد وليس هذا كهيبة المشاع اذا قسم لان المعقود
عليه يجوز العقد عليه الا ترى انه لو باعه جاز وانما اثر في هيبته معنى
يعود الى القبض فاذا زال ذلك صح القبض وعلى هذا اذا وهب صوفا على
ظهر غنم ثم جنه وغسله لان العين موجودة وانما منع من هيبته اتصالها
بغيرها فاذا زال ذلك صح العقد وليس هذا كالدين اذا وهبه واذن
في قبضه لان الدين على ملكه وتصرفه فيه جائز بدلالة انه يجوز ان يملكه

٢٥١
لمن هوى في ذمته وانما لم تصح هيبته لعدم القبض فاذا قبضه بامر
جاز قال ولو وهب له جارية واستثنى ما في بطنها او حيوانا واستثنى
ما في بطنها جازت الهبة في الامهات والحمل جميعا وكان ذلك كله جملة
للموهوب له وجملة هذا ان العقود على ثلاثة اضرب احدها اذا عقد
على الام دون الحمل بطل العقد والاستثناء وهذا كالبيع والاجارة والرهن
لان العقد اذا وقع على الام اقتضى دخول الولد فيه فاذا استثناءه فقد
نفي موجب العقد ونفي موجب البيع والاجارة توجب فسادها والنوع
الثاني يصح فيه العقد ويبطل الشرط وهو النكاح والحلح والصلح
من دم العمد والهبة وذلك لان العقد يقتضي دخول الولد فاذا نفي
موجب الهبة صحت الهبة وبطل الشرط اصله العمري والنوع الثالث
يجوز العقد والاستثناء وهو الوصية اذا اوصى له بجارية الاحملها
بقي الحمل للورثة لان الوصية يجوز العقد ان تقع بالحمل وما جاز ان يفرد
بالعقد جاز ان يستثنى منه قال ولو اعتق ما في بطن جاريته ثم وهبها
لم تجز الهبة فمن اصحابنا من قال هذا اختلاف رواية فوجه الرواية التي
قال لا تجوز الهبة فمنها ان الموهوب مشغول بما لا يدخل في الهبة فصار
كهبة الدار اذا فيها متاع الواهب ووجه الرواية التي قال تجوز الهبة
على ظاهر هذا الكتاب ان جزية الحمل تقتضي استثناءه من العقد ولو
استثناءه لفظا لم يفسد العقد فكذلك اذا استثنى من طريق المعنى
ومن اصحابنا من قال في المسئلة رواية واحدة وانما يختلف الحكم بين التدبير

والعتق وذلك لان المدبر مال للمولى ومن وهب ما هو مشغول بماله لم
تصح الهبة كهبته الدار التي فيها متاع الواهب وليس كذلك الحر لانه ليس
بمال فصار كمن وهب دارا فيها حرا لسر فلا يمنع ذلك من جواز الهبة قال
ولو تصدق بعشرة دراهم على مسكين جاز وهذا لما بينا ان المقصود به
بالصدقة واحد قال وان تصدق على غني لم يجز الصدقة في قول أبي حنيفة
لان المقصود بالصدقة على الغني ليس هو الله تعالى لان الثواب
لا يطلب بذلك وانما المقصود الغني فصار كالهبة قال واذا وهب
له ودعة في يده اوعارية او ما هو امانة في يده وقبل ذلك ملك الهبة
وصح قبضه لها لكونها في يده بعد العقد عليها والقياس ان لا
يكون قابضا حتى يخل بين نفسه وبينها لان يد المودع يد المودع
فكانه وهب له ما في يده فلا بد من قبض والاستحسان ان الهبة
تقف على مجرد القبض ولا يقتصر الى قبض نصفه والمودع قبض فيها
فحصل عقيب العقد القبض الذي تقتقر الهبة اليه فوقع الملك
وليس هذا كبيعها من المودع لان قبض البيع قبض مضمون والقبض
الموجود عقيب العقد قبض امانة فلا بد من تجديد قبض اخر وذلك
لا يكون الا بالتخلية بينه وبين الوديعة قال وكذلك ان كانت مضمونة
في يده بقيمتها او مثلها كان كذلك ايضا وهذا يتصور في العين
المغصوبة والمقبوضة على وجه السوم لان القبض الذي
يقتضيه الهبة موجود وزيادة وهو الضمان وذلك الضمان

تصح البراة منه فيسقط بهبته ويبقى قبض غير ضمان فصار قابضا
قال وان كانت مضمونة بغيرها مثل الرهن او المبيع فهب المالك
ذلك من هو في يده فانه لا يكون قابضا لكون ذلك في يده الا ان يقبضه
قبضا مستانفا بعد عقد الهبة وذلك لان القبض اذا كان مضمونا
بغيره من عوض او دين لم يصح البراة منه فبقى القبض مخالفا للقبض
المستحق بالهبة فلم يكن يد من تجديد قبض اخر **باب**
العوض من الهبة قال اذا وهب رجل لرجل
شيئا فعوض الموهوب له الواهب من هبته شيئا فقال هذا عوض
هبتك او قال قد خللتك هذا عن هبتك او كافاك او جازيتك او هذا
بدل هبتك او مكان هبتك او قال قد تصدقت عليك بهذا بدلا من
هبتك او حلة او اعم فقال هذا عوض من هبتك فان هذا عوض
في هذه الوجوه كلها اذا سلمه المعوض وقبض صح والعوض هبة
تصح بما تصح به الهبة وتبطل بما تبطل به الهبة عند اصحابنا
جميعا قال الشيخ وجملة هذا ان العوض في الهبة على ضربين عوض
بعد العقد وعوض مشروط في العقد فاما العوض المتناخر
عن العقد فهو لاستقاط الرجوع ويعتبر فيه الشرايط المعينة
في الهبة من القبض وعدم الاشاعة وذلك لانه غير مستحق
الموهوب له وانما يتبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع فصار
كالهبة المبتدأة وانما صار عوضا بهذا الالفاظ التي ذكرها لان كل

واحد منها يفيد ما يفيد الآخر والحكم يتعلق عندنا بمعاني العقود دون
عبارتها الا انه لا بد ان يضيف العوض الى الهبة ليسقط الرجوع
فيها فاما ان وهب له هبة مبتدأة ولم يعلقها بالاول لم يكن عوضا منها وثبت
حكم الرجوع في الهبتين جميعا قاله واذا قبض العوض لم يكن لواحد منهما ان
يرجع على صاحبه فيما ملكه من ذلك اما الواهب فقد سلم له العوض
عن هبته فيمنع ذلك من الرجوع كالعوض في العقد ولانه انما يهب
ليعوض فاذا قبل العوض حصل مقصوده فلم يرجع به وقد قال صلى
الله عليه وسلم الواهب احق بهبته ما لم يتب عنها واما المعوض
فليس له ان يرجع في العوض لانه سلم له ما في مقابلته وهو اسقط
الرجوع فلم يجز ان يرجع فيه قال وكذلك لو عوض رجل اجنبى ممن
الموهوب له الواهب عن هبته وقبض العوض لم يكن للواهب ان
يرجع في هبته وسواء عوضه بامر الموهوب له او بغير امره ولان
للمعوض ايضا ان يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له
فان كان العوض بامر الموهوب له فهو متبرع في ذلك وذلك لان الاجنبى
اذا عوض بامر الموهوب له فقد قام مقامه في العوض فكانه عوض
نفسه وان عوض بغير امره فقد تبرع باسقاط الحق عنه والتبرع
باسقاط الحق عن الغير جائز كما لو تبرع بخالفة امرأة من زوجها وليس
للمعوض ان يرجع على الواهب لان مقصوده ببذل العوض سلامة الهبة
واسقاط الرجوع فيها وقد سلم ذلك ولا يرجع المعوض على الموهوب له

٢٥٨
٢٥٢
اما اذا كان بغير امره فلا نه تبرع باسقاط الحق عنه فلم يملك ان يجعل
ذلك مضمونا عليه واما اذا عوض بامر لم يرجع عليه الا ان يقول
له عوض عني على اني ضامن وذلك لانه اذا امره بالعوض ولم يضمن
له فقد امره بما ليس بواجب عليه وانما هو متبرع به فلم يوجب ذلك
الضمان على الامر الا بشرط الضمان وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره اطعم
عن كفارة يميني او ادركاتي لم يرجع عليه الا ان يقول له على اني ضامن
لانه امره بما ليس بمضمون عليه وليس هذا كالامر بقضا الدين لانه مضمون
على الامر فاذا امره بتعلق عليه الضمان قال ولو عوض الموهوب له الواهب
عن نصف الهبة كان عوضا عن نصفها وكان له ان يرجع في النصف الاخر
الذي لم يعوض عنه ولا يرجع فيما عوض عنه وذلك لان الرجوع في الهبة ما به
تبعيضه فاذا عوض عن بعضه دون بعض سقط الحق فيما حصل فيه العوض
ولم يسقط فيما لا عوض فيه وصار حكم البعض معتبرا بالجميع فكما لو عوض
عن جميع الهبة لم يرجع كذلك اذا عوض عن بعضها لم يرجع في ذلك البعض وكما
لو لم يعوض عنها رجح فيها كذلك اذا لم يعوض عن بعضها رجح فيه وليس هذا كالعقر
عن دم العبد والطلاق لانه لا يتبعض باسقاط الحق عن بعضه اسقاط عن
جميعه قال فان عوض الموهوب له الواهب بعض ما وقع عليه عقد الهبة
عن باقيها لم يكن ذلك عوضا في قولناي حنيفة وابي يوسف ومحمد وللواهب ان
يرجع فيما بقي من هبته وهذا على وجهين فان كان العوض على الصفة
التي وقعت عليها لم يكن عوضا لان العوض يلحق بالعقد فلا يجوز لحاقه

علي وجه لا يتناول له ومعلوم انه لا يجوز ان يهب له شيئا على ان يعقبه عوضا
عنه فكذا لا هذا ولا يجوز عوض الواهب بالعوض لا يجوز ان يكون بعض ما
وهب لانه لو اراد ذلك امسكه ولم يهبه واذا لم يسلم له عوضه لم
يسقط الرجوع واما ان كان هذا الذي عوض به قد تغير عن حاله غير
المنع من الرجوع فانه يصح ان يكون عوضا عن بقية الهبة لانه
صار بالتغيير في حكم عين اخري فجاز ان يكون عوضا قال وان كان
وهب شيئين كل واحد منهما في عقد فعوض احدي الهبتين عن الاخرى
فانه يكون عوضا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال بشر عن ابي يوسف
لا يكون عوضا في الوجهين جميعا وجه قولها ان الواهب يجوز ان
يكون عوضه بهبته الثانية عود الهبته الاولى اليه لان الانسا
قد يبدو له في الشيء بعد فعله فصار ما وهبه باحد العقدتين
يعني اخري وليس كذلك اذا عوضه بعض الهبة لانه لا يجوز
ان يكون عوضه بهبته ان يسلم له بعضها على ما قدمنا ولان
ما ملك بالعقد الواحد لو صار بعضه عوضا لكان الشيء عوضا
عن نفسه وما ملك بالعقدين اذا صار احدهما عوضا لا يؤدي
الي كون الشيء عوضا عن نفسه فكذا لا جاز وجه قول ابي يوسف
ان الرجوع في الهبة مستحق فاذا عوض بها عن هبة اخري وثقت
عن مستحقها ولم تقع موقع العوض وليس كذلك اذا تغيرت
لان الرجوع فيها يسقط فجاز ان يقع موقع العوض قال ولو كانت هبة

٢٥٤
وصدقة فعوض الصدقة من الهبة كانت عوضا وهذا صحيح اما على
اصل ابي حنيفة ومحمد فلانها ملكا بعقدين واما على اصل ابي يوسف
فلان الصدقة لا تثبت فيها الرجوع فوثقت موقع العوض قال
واذا وهب الرجل هبة فعوض الموهوب له الواهب عوضا
على غير شرط فقبضه ثم استحق العوض فله ان يرجع في الهبة ان
كانت قائمة في ملك الموهوب له لم يرد خبرا ولم يحدث فيها ما يمنع
من الرجوع وذلك لان العوض اذا استحق صار كانه لم يكن فكأنها
هبة لم يعوض عنها قال وان كانت الهبة قد هلكت او استهلكها
الموهوب له لم يضمنها في قولهم وذلك لان العوض لما استحق فالهبة
بغير عوض اذا هلكت لا يضمنها الموهوب له قال فان استحققت
الهبة المعوض عنها رجع الموهوب له في العوض وذلك لان المعوض
انما عوض ليسقط حق الرجوع فاذا استحققت الهبة ان الرجوع لم يكن
ثابتا فصار كمن صالح عن دين ثم بدس ان لا دين عليه قال وكذا لك
ان استحق نصف الهبة وهي مما لا تقسم رجع في نصف العوض وذلك
لان العوض انما جعله عوضا عن الرجوع في جميع الهبة فاذا استحق
بعضها وجب ان يرجع فيها بازاية من العوض حين لم يسلم له المعوض
قال فان كان العوض مستهلكا ضمن قابض العوض بقدر ما وجب
الرجوع للموهوب له فيه من العوض فان استحققت الهبة كلها ضمنه
قيمة العوض وهذه رواية الاصل عن محمد ورواه عنه في الاملا من

غير خلاف ذكره في الموضعين وهي احدي روايتي بشرع ابي يوسف
عن ابي حنيفة وروي بشرية اما ليه عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
انه لا يضمن العوض اذا استحققت الهبة والعوض مستهلك وهو
قول ابي يوسف رواية عن ابن سماعة وبشر وجه الرواية الاولى
ان المقيوض على وجه العوض اذا استحق العوض كان مضمونا كالمقوض
المشروط ولانه بدله في مقابلة ما لم يسلم له فكما يرجع به لو كان باقيا
يرجع بقيمته اذا هلك وجه الرواية الاخرى ان العوض المبتدأ
في حكمه الهبة ولهذا شرط فيه شرائط الهبة والهبة اذا هلك
لم تكن مضمونة فكذلك العوض عنها قال فان استحق بعض العوض
وبقي بعض فمات بقي منه في شيء فهو عوض عن الهبة كلها فان شارد ما
بقي في يده من العوض ورجع بالهبة كلها ان كانت قائمة لم تخرج عن
ملك الواهب ولم يرد في يديها وقال زفر يرجع من الهبة بقدر ما
استحق وذلك لان بعض العوض اذا استحق فمات بقي يجوز ان يكون
عوضا لا سقاط الرجوع فكانه لم يعوض الا به الا ان للواهب ان يرده
ويرجع لانه قد عزم عزم عوضه لا سقاط الرجوع بشيء لم يسلم له فثبت
له الخيار وجه قول زفر ان العوض يلحق بالعقد فصار كالمشروط فيه
وقال محمد في الاملا رواية سعد الموصلي فان كان الذي استحق نصف
الهبة ولم يستحق من العوض شيء قليل ولا كثير كان للموهوب له ان
يرجع في نصف العوض ليس له غير ذلك ان زاد العوض او نقص

٢٥٥
في السعر او زاد في بدن او نقص في بدن كان له ان يأخذ نصفه ونصف
النقصان وان كان قد هلك في يد الواهب كان له ان يضمنه نصف قيمته
وهذا على ما قدمنا ان استحقاق الهبة يوجب استحقاق العوض
واستحقاق بعضها يوجب الرجوع من العوض بقدره وانما ثبت
له الرجوع في العوض وان زاد لانه قبضه بغير حق فصار كالمعوض
بعضها فثبت الفسخ في الزوائد قال فان قال لا رد ما بقي من الهبة
وارجع في العوض كله لم يكن له ذلك لان العوض كان على غير شرط
وذلك لان العوض الملتحق ليس بعوض عن العين وانما هو لا سقاط الرجوع
وقد حصل له سقوط الرجوع فيما بقي من الهبة فلم يكن له ان يرجع في العوض
قال ولولم يستحق من الهبة شيء ولا من العوض ولكن الموهوب له وجد
بالهبة عيبا فاحشا او غير فاحش فقال له ارد الهبة وارجع في
العوض لم يكن له ذلك وكذلك لو كان الذي وجد العيب الواهب
في العوض فقال ارده وارجع في هبتي لم يكن له ذلك وذلك لان الرجوع
بالعيب يثبت في المعاوضات والعوض الملتحق ليس بعوض عن
العين وانما هو في حكم هبة والموهوب لا يرد بالعيب قال وهذا
اذا كان الاستحقاق في الهبة او العوض وبما لا يقسمان فان كانا
مما يقسمان فاستحق بعض احدهما بطل العوض ان كان هو المستحق
منه وكذلك تبطل الهبة ان كانت هي المستحقة فاذا بطل العوض
رجع في الهبة واذا بطلت الهبة رجع في العوض في ذلك وذلك لان

الاستحقاق ببيان الهبة او التعويض وقع في مشاع يحمل القسمة وذلك
باطل قال واذا كانت الهبة على شرط عوض فقال وهبنا لك هذا العبد
على ان تعوضني هذا الثوب جاز ذلك ولكل واحد منهما ان يرجع في سلعة
ما لم يقع القبض في السلعتين جميعا فان قبض احدهما ولم يقبض الاخر
فكذلك لكل واحد منهما ان يرجع القابض منهما وغير القابض في ذلك
سوا حتى يتقابضا جميعا فاذا اتقا بضا جميعا كان ذلك بمنزلة البيع
يرد كل واحد منهما بالعيب ويرجع في الاستحقاق وتجب الشفعة
وهذا هو القسم الثاني من القسمين الاولين وهو العوض المشروط
في العقد فعندنا ان عقد عقد هبة وجوانه جواز بيع وقال
زفر عقد عقد بيع وجوانه جواز بيع فلا يثبت الاستحقاق عندنا
حتى يتقابضا العوضين جميعا وقال زفر يثبت الاستحقاق بالعقد
لنا انهما عرا عنهما بالهبة واثبتنا احكام البيع في المعاوضة فوجب
ان يعطى العقد شبه العقدين فيمتنع فيه التقابض وفي
الاشاعة كالهبات وتثبت فيه الشفعة والرد بالعيب كالياعات
ولانه عقد انقرد باسم فلا بد ان يتفرد لمعني ولا معنى يتفرده الا ان
يكون له حكم قبل التقابض وحكم بعضه وجه قول زفر انه يقبل
ملك يعوض كالببيع واختلاف العيان لا يوجب اختلاف الحكم كقوله
ملكك واعطيت قال واذا وهب الرجل شيئا وقبضه الموهوب له ثم
ان الموهوب له ايضا وهب شيئا للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك

فانه لا يكون هذا عوضا ولكل واحد منهما ان يرجع فيما دفع لان العوض انما يكون
عوضا اذا جعل في مقابله الهبة فاما اذا عقد كل واحد منهما عقدا
مبتدأ ولم يعلق الثاني بالاول لا تفرد بنفسه ولم يتعلق بحكم الاول والهبة
المبتدأة يثبت فيها الرجوع **باب الرجوع في الهبة قال** واذا وهب الرجل لرجل
اجني هبة وقبضها الموهوب له فله ان يرجع فيها في الحكم ان كانت الهبة
قائمة في ملك الموهوب له لم يرد في نفسها ولم يحد الموهوب له فيها شيئا
يكون صفة لها تريد به قيمتها فلو اهب ان يرجع في الهبة ويكون له
ذلك في الدين والاصل في ذلك ان الهبة مقتضاها الرجوع عندنا وقال
الشافعي لا يثبت الرجوع الا فيما وهبه الوالد لولد لنا ان قوله
صلى الله عليه وسلم الواهب الحق لهبته ما لم يتب عنها وقد بينا ذلك والا سباب
المالعة من الرجوع الرحم الكامل وقد قدمناه والزيادة المتصلة وذلك
لان العقد لم يقع عليها فلا يقع عليها الفسخ واذا تعذر الفسخ فيها
تعذر في الاصل وخروجها من ملك الموهوب له وذلك لان اختلاف
الملكين كاختلاف المعين فكما لا يجوز ان يرجع في غير العين الموهوبة
كذلك لا يرجع في غير الملك الذي اوجبه ومن هذا القبيل اذامات
الموهوب له لان الملك انتقل الي ورثته فكانه انتقل في حال حيوته
وكذلك موت الواهب لان الوارث لم يوجب الملك للموهوب له
فلم يجز له الرجوع في ملك لم يوجبه والعوض يسقط الرجوع وهو

على ضربين عوض مشروط وعوض ملحق وقد قدمنا ذلك وانما قلنا ان الرجوع يكن لقوله صلى الله عليه وسلم الرجوع في هبته كالكلب يقي ثم يعود فيه والكلب لا يوصف فعله بالتخريم والاباحة ويوصف بالكرهية والاستقباح وقال ابن سماعة في نوادر سمعت ابا يوسف قال في رجل وهب عبد الرجل وقبضه منه والموهوب له اجنبي ولم يعوضه عوضا ولم يزد العبد حرا فان للواهب ان يرجع في هبته واكره له ذلك واقضي بها له وهذا على ما قدمناه قال وان منعها الموهوب له فذلك له حتى يقضي له القاضي فاذا قضى القضا بالنقض للواهب والرجوع فالعبد في ملك الواهب وان لم يقبضه من الموهوب له ولا ضمان على الموهوب له فيه الا ان يحدث فيه شيئا بعد انقضاء قبضهم بذلك وجلة هذا ان الرجوع في الهبة لا يثبت به الفسخ الا ان يكون بتراضيها او بحكم حاكم لان الفسخ يقع بعد تمام العقد لعني قارن العقد فصار كالفسخ بالعيب فان تراضيها الفسخ لان الحق لها وقد اتفقا عليه وان حكم الحاكم فقد فسخ في موضع جعل له الفسخ فيزول الملك بفسخه كالوحدان بالرد لاجل العيب واذا انفسخ العقد عادت العين الى ملك الواهب كما كانت قبل الهبة والقبض لا يعين في انتقال الملك كما لا يعين في البيع وانما لم يجب على الموهوب له ضمان بعد الفسخ لان قبض الهبة لا يتعلق به الضمان فاذا انفسخ عقد هبتها بقي القبض على ما اقتضاه العقد غير موجب للضمان فلا يضمن الا بما يضمن به

الامام من التعدي قال ولو كان العبد نقض او زاد شيئا او جني عليه فيما دون النفس فالحال فيما بين الواهب والموهوب له سواء وليس للواهب ان يرجع في الارش ولا ان يضمن للموهوب له شيئا من النقض وذلك لان نقض العين لا يمنع من الرجوع لان الواهب لو رجع في بعضها مع بقا العين بكاملها جاز فاذا انقضت فالرجوع يقع في البعض وذلك جاز فاما الارش فالزيادة لم يقع عليها العقد فلا يجوز ان يقع عليها الفسخ ولا يضمن الموهوب له النقض لما ذكرنا ان القبض لا يتعلق له الضمان والقبض اذا لم يتعلق به الضمان لم يضمن به الاجزاء ولو لم يتراد الهبة ولم يحكم القاضي فيها حتى وهبها الموهوب له للواهب وقبلها الواهب الاول فان ذلك لا يجوز حتى يقبض الواهب الاول العبد فاذا قبضه فهو بمنزلة الرد ومنزلة حكم الحاكم وليس للواهب ان يرجع في الهبة وكذلك التخلي والعطية والعري والصدقة وذلك لان العين على ملك الموهوب فاذا وهبها فلم ياتي بلفظ الفسخ وانما قصد التملك فلا يزول ملكه بالتفويض وليس كذلك اذا اتفق على الرجوع لانها انما فسخت العقد ولم يبتدأ التملك والفسخ لا يقتضي شروط العقد فاذا اتفقا بضا الهبة الثانية قامت مقام الرجوع لان الرجوع يلحق فتنفع الهبة عن الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتدأ فكذا لا يصح الرجوع فيها وقال ابو يوسف ومحمد ان يرجع في نصف الهبة مشاءا وان كان مما يقسم او وهب

له دار اقباع الموهوب له نصفها مشاعا كان للمواهب ان يرجع في الباقي
وليس الرجوع كالهبة المستقبلة في هذا الوجه ولذلك لو لم يقع
نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله ان يرجع في بعضها دون
بعض وقد قال اصحابنا ان الرجوع في الهبة يعتبر قضا فسخ
كالرجوع بالقضاء قال زفر الرجوع في الهبة بغير قضا هبة
مبتدأة والذي يدل من مذاهم على انه فسخ انه يجوز في اللشاع
الذي يحتمل القسمة ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الاشاعة
وقالوا انه لا يقف على القبض ولو كان هبة مبتدأة لوقفت على
القبض وقالوا فيمن عجب الرجل فوهبه الموهوب لآخر ثم رجع
فيه فللاول ان يرجع في هبته ولو كان ذلك هبة مبتدأة لم تجز
الرجوع والدليل عليه ان الفسخ يتناول عوضا واحدا فكان
فسخا وان لم يحكم به الحاكم اصله اذ اتنا قضا البيع الفاسد وجه
قول زفر ان الملك انتقل بتراضيهما فصار في حكم عقد مبتدأ وقد
ذكر محمد في كتاب الهبة في الموهوب له اذا ارد الهبة في مرضه انما
تكون من الثلث فمن اصحابنا من قال ان هذا يدل على ان الرجوع بغير
قضا هبة مبتدأة وجعل المسئلة على روايتين وهذا ليس بصحيح
لانهم انما جعلوه من الثلث لانه مبهم في الرد في حق ورثته فصار
ذلك فسحا فيما بين الواهب والموهوب وهبة مبتدأة في حق الورثة
وليس يمنع ان يكون للعقد حكان مختلفان كالاقالة التي هي فسخ في حق

المقاردين ونسج في حق غيرها واذا ثبت ان الرجوع فسخ وليس
بهبة جان في المشاع ولانه يجوز ان يرجع في الكل فجاز ان يرجع
في البعض لانه يستوفي بعض حقه ويسقط بعضه قال فاذا
زادت الهبة في يد الموهوب له في نفسها حركات جارية
هزيلة فسمت وحبلت او دارا فبنا الموهوب له فيها بنا او غرس
خلا او شجرا او كانت ارضا ففعل فيها ذلك او ضرب فيها دولا با
او غير ذلك مما يسفاه وهو مثبت في الارض مبني فيها حتى يكون
صفة للارض يدخل في البيع اذا وقع عليها لم يكن للمواهب ان يرجع
قليلا كان ذلك او كثيرا بعد ان يكون زائدا في الارض وكذلك ان كان
ثوبا فصبغه بعصفر او زعفران او قطعه قتيصا وخاطه او حبة
وحشاها او قبالا لم يكن للمواهب ان يرجع فيها وذلك لما قدمنا ان
الزيادة المتصلة لا تجوز الرجوع فيها لان العقد لم يقع عليها ولا
يمكن الرجوع في الاصل ونها فتعذر الرجوع قالوا ان صبغ الثوب
صبغا لا يزيد فيه او ينقصه فله ان يرجع ذلك الحسن في نسق
روايته لان المانع من الرجوع هو الزيادة فاذا كان الصبغ لا يزيد
في القسمة فوجوده وعدمه سواء قال فان كانت الزيادة من سعر
فله ان يرجع في ثوبهم لان زيادة السعر لا يتعلق بها حكم في الاصول الا نرى
انها لا تغير ضمان الرهن ولا الغصب ولا يمنع الرد بالعيب لانها لا تقود
الي العين وانما هي رغبة يحدتها الله تعالى في القلوب فلا تمنع الرجوع

قال واذا وهب حيوانا فولد في يد الموهوب له فلم يواهب ان يرجع في الامهات دون الاولاد وذلك لان الولد لم يقع عليه العقد فلا يجوز ان يقع عليه الفسخ واما الام فلان الولد غير موجب بالعقد عليها بدلالة ان المغرور في الهبة لا يرجع بقيمة الولد على الغار واذا لم يكن موجبا جاز الفسخ في الام دونته وليس كذلك المستفعة اذا ولدت لان الولد موجب بالعقد بدلالة ان المغرور يرجع بقيمته على الغار فلم يجز ان سلم موجب العقد للمشتري مع فسخ العقد ولان البيع عقد معاوضة ولم يفسخناه دون الولد ليسم الولد للمشتري بغير عوض والهبة عقد بغير عوض فيجوز ان يسلم الولد فيها بغير شيء **باب**

الهبة على شرط قال اصحابنا جميعا اذا وهب الرجل لرجل هبة وشرط فيها شرطا فاسدا فالهبة جائزة والشرط باطل قال بشر بن الوليد عن ابي يوسف في رجل وهب لرجل امة وقبضها واشترط عليه ان لا يبيعها فان ابا حنيفة قال الهبة جائزة والشرط باطل وكذلك ابو يوسف قال ابو يوسف لا تشبه الهبة البيع ولو شرط فيها ان يتخذها ام ولدا وان يبيعها من فلان او يردها عليه بعد شرا كانت الهبة جائزة وهذه الشروط باطلة والاصل في هذا ان كل عقد من شرط القبض فان الشروط لا تقسد وهذا كالهبة والرهن وقد دل على الهبة ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمري وابطل الشرط وقد دل على الرهن قوله صلى الله عليه وسلم لا يعاق الرهن لصاحبه غرمه وعليه غرمه

وقد كانت الجاهلية ان ترهن على الراهن اذا اخرا القضا عن وقت معلوم فالرهن للمرتهن فابطل النبي صلى الله عليه وسلم هذا الشرط ولم يبطل به الرهن فان قيل فالصرف من شرطه القبض والشرط تبطله قلنا القبض ليس بشرط في صحة الصرف وانما يمنع التقا بضر من فسخه بعد صحته واذا ثبت ان الهبة لا تؤثر فيها الشروط وهذه الشروط كلها لا يقبضها العقد فوجودها وعدمها سوا قال وكذلك لو وهب له جاربة وفي بطنها ولد حر وقد بيناها بين المسئلتين

باب العمري

قال محمد في املايه قال ابو حنيفة اذا قال الرجل قد جعلت لك عمري او قال قد جعل لك عمرك او قال هي لك حياتك فاذا امت فهو رد على او قال هي لك عمرك فاذا امت فهي رد على فهذا كله هبة وهي له حياته وموته والشرط الذي شرط باطل قال ابو الحسن هي عندهم جميعا كذلك يجوز فيها الكوز في الهبة ويبطل منها ما يبطل في الهبة وقبضها فيما يجوز وفيما لا يجوز كقبض الهبة وكذلك الرجوع فيها كالرجوع في الهبة وكذلك حكم العوض فيها حكم العوض في الهبة ما يجوز منه وما لا يجوز والاصل في ذلك ما روي ابو الزبير عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال امسكوا عليكم اموالكم لا تمروها فان من اعمرشيا فانه لمن اعمه وروي الزهري عن ابي مسleme عن جابر قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمري له ولعقبه بعده ليس للمعطي فيها شيء وروي

سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير عن جابر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 من عمر عمرى حيوته فهي له ولعقبه من بعده يرثها من يرثه بعده واذا
 ثبت ان الشرط باطل بقتل العمري مجردة وهي في معنى الهبة فيصح بما يصح
 به الهبة ويبطل بما يبطل به **باب**
الرقبي والحبس قال محمد في املاية قال ابو حنيفة
 اذا قال الرجل للرجل هذه الدار لك رقبى ودفعها اليه او قال هذه
 الدار لك حبسة ودفعها اليه فهي عارية في يده اذا شا ان ياخذها
 اخذها قال محمد وهذا قولنا ايضا قال ومعنى الرقبى هي الحبس وقال
 ابو يوسف هذا هبة وقوله رقبى باطل وجه قولها ما روي الشعبي عن
 شرح عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اجاز العمري ورد الرقبى لان الملك
 في الرقبى متعلق بخطر لا نه يقول ان امت قبلك فهي لك وان امت قبلي فهي لي
 وتعلق الملك بالخطرة حال الحياة لا يصح وليس كذلك العمري لان الملك
 في الحال وانما علق الفسخ بخطر لا تراه قال وهبته لعمرك والفسخ يجوز
 فيه ما لا يجوز في ابتداء التملك وجه قولابي يوسف ما روي ابن الزبير
 عن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمري والرقبي وهذا ادلة فيه
 لان الرقبى تجوز اذا كانت لعني الارقاب وهو هبة الرقب وانما لا تجوز اذا
 كانت لعني الرقب فيحتمل ان يكون الخبر محولا على الاول وقال في الاصل في رجل حص
 المقرب فقال اداري هذه حبس على عقبى من بعدي قال لا تكون حبسا وهي ميراث
 وذلك لما روي عن شرح انه قال جابر بن عبد الله بن عباس لما نزلت

اية الميراث قال النبي صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرايض الله وهذا حبس
 عن فرايض الله ولانه لم يجعل احراها للفقر فلا يصح وقفها واذا لم يكن وقفا فقد
 منع ورثته من التصرف فيها وهذا لا يصح ولو قال اداري حبس على اطولكما
 حياة كان باطلا لان الملك ههنا متعلق بخطر لا تراه لا يعلم ايها اطولهما
 حياة في الحال ولو قال اداري حبس لك هذا باطل وهذا قولابي حنيفة
 ومحمد وقال ابو يوسف اما ان افاري انه اذا قال هي لك حبس فهي له اذا
 قبض وقوله حبس باطل وكذلك اذا قال هي لك رقبى وجه قولها انه
 اذا قال هي لك حبس او حبس لك فقد فسر المعنى الذي اراده بقوله
 هي لك فوجب ان يحمل على التفسير وقد بينا ان الحبس لا يجوز وجه
 قولابي يوسف ان قوله هي لك تملك وقوله حبس مساو فيما يعمل
 بها فلا يتعلق به حكم قال محمد في املاية قال ابو حنيفة اذا قال الرجل
 للرجل هذه الدار لك رقبى او قال هذه الدار لك حبس ودفعها اليه
 فهي عارية في يده قال محمد قال ابو يوسف في هذين الوجهين هي هبة
 وجه قولها انه فسر قوله هي لك بالرقبي والحبس فكانه ابتداء بذكر
 ذلك فيمنع التملك واذا امتنع التملك بقيت في يده على ملك
 الدافع وقد اذن له في الانتفاع وهذا معنى العارية وجه قولابي يوسف
 ان قوله لك يقتضي التملك ثم بقي للملك فلا يصح **باب**
المنحة قال ابن سماعه عن ابي يوسف في نوادر سمعت ابا يوسف قال
 في رجل منح رجلا بعيرا او شاة او ثوبا او دراهم او طعاما او ما اشبه ذلك

قال كل شيء منحه مما ينتفع به للسكنى واللبس مثل الدار والثوب ولبن الشاة
وظهر البعير وغلة العبد وما اشبه ذلك فانه عارية وعليه رد ذلك
وان منحه طعاما او دراهم او لبنا فهو هبة وكذلك ما اشبهه ما لا
منفعة فيه الا اكله او انفاقه وذلك لان المنحة عبارة عن بدل المنافع
الدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية موداة
يدل على ان المنحة لا تقيد اكثر من تملك المنافع واذا كانت في حكم العارية
فاذا اضافها الى ماله منافع تعلق بمنافعه وان اضافها الى ما لا ينتفع
به الا باستهلاكه كانت فرضا كعارية الاعيان التي لها منافع لا يكون
تملكها لاعيانها وعارية الدراهم والدنانير والخطة تكون تملكها لانه
لا ينتفع بها الا باستهلاكها قال وان منحه جديا او عنقا فهو عارية
لان هذا قد يبلغ ان ينتفع به فيكون فحلا ويكون هذه حلويا وهذا
صحيح لان العارية قد تتناول العين لمنفعة موقته وان لم تكن في الحالة
وكذلك الشقة الهروية هي عارية لان الانتفاع بها ممكن مع بقا عينها
وقال ابو حنيفة اذا قال هذه الدار منحة ودفعها اليه فهي عارية
لانه فسر التملك وحضه بالمنفعة فوجب ان يحل على التفسير
وكذلك اذا قال هذه الارض لك منحة فانما منحه زراعتها وكذلك كل شيء
يحتاج منه الى منفعة مثل السكنى والزراعة والخدمة واشباه
ذلك فهذا عارية لان هذه الاعيان ينتفع بها مع بقا اعيانها فاحتقت
المنحة بمنافعها قال ابو حنيفة الارض ايضا هذه الارض لك طعمة فهذا على

الزراعة وهي في يد عارية ياخذها صاحبها منه اذا شام لم يزرعها فاذا
زرعها قاراد صاحبها ان ياخذها منه فان في هذا ضررا عليه فخير
الزارع فان شاد دفعها الى صاحبها واخذ زرعه وان شا كانت في يد باجر
مثلا الى ان يستحصل زرعه وهذا قول ابي يوسف ومحمد وذلك لان
الطعمة اذا اضيفت الى ما يمكن اكله كانت تملكها مثل ان يقول اطعمتك
هذا الطعام واذا اضيفت الى الارض كانت عارية لان الارض لا تطعم
فمعناه اطعمتك ما يكون منها وذلك يكون بالزراعة واذا ثبت انها
عارية فله الرجوع فيها متى شا فان كانت لا زرع فيها اخذها صاحبها
لان العقد انفسخ بالرجوع وان كان فيها زرع فالقياس ان يقلع لان
العارية انفسخت وصار المستعير شا غلاما للملك غيره بزرعه فيومر
بقلعه كالغاصب وانما استحسنوا فقالوا انه يترك الى وقت الحصاد
باجر المثل لان ابتداء الزرع كان بحق ويمكن ايضا كل واحد من الحقين من غير
ضرر فيحصل للزرع الزرع وللمالك الاجر وذلك اولى من اسقاط احد
الحقين وعلى هذا قالوا فيمن في يد الاجارة اذا انقضت وفي الارض زرع
وليس هذا كالغصب لان ابتداء الزرع وقع بغير حق فلم يجب بنفسه
وليس هذا كالغرس لان في تبقية العرس ضرر على صاحب الارض لانه
لا غاية لقلعه قال محمد قال ابو حنيفة اذا دفع اليه طعاما فقال هذا لك
منحة او دفع اليه شاة فحلب فقال هذه لك منحة فله ان يشرب لبنها
وان ياكل الطعام لان منحة هذا الاكل والشرب وهذا على ما قدمنا ان

المتحة فيما له بمنفعة لا يتناول ملك الغير وإنما تقتضي المنفعة له تقتضي
تمليك العين قال وكذلك الدنيار وما يוכל ويشرب فهو عندنا على الهبة
وأما ما يلبس أو يستخدم أو يسكن أو يزرع فمنحته عارية إلا أن يعطي المعطي
الهبة فيكون على ما عناه وذلك لأنه إذا قال نويت الهبة قد سدد على
نفسه والمنع من التملك لحقه فإذا رضي بذلك جاز **باب**
السكنى قال محمد قال أبو حنيفة إذا قال الرجل للرجل داري لك سكنى
أو قال لك سكنى عمري أو قال صدقة سكنى أو قال هي لك عمري عارية أو سكنى
ودفعها إليه فهذا كله عارية يأخذها منه متى شاء ولا يجوز للذي قبضها
فيها بيع ولا هبة ولا رهن ولا اجارة ولا غير ذلك غير السكنى خاصة إذا
كان ذكر السكنى أو العارية مع غيرها من الهبة والصدقة وغير ذلك
أن قدم السكنى أو العارية أو أحدهما فهو سوا وذلك كله سكنى وذلك
لأنه إذا ذكر السكنى فقد دل على أن العقد وقع على المنافع فإذا قال سكنى
هبة فقد أضاف الهبة إلى السكنى فكانه قال وهبت لك منافعها وكذلك
إذا قال هبة سكنى لأن الهبة محتمل هبة العين ومحتمل هبة المنفعة فإذا
قال هبة سكنى لأن الهبة محتمل هبة العين ومحتمل هبة المنفعة فإذا قال
هبة فقد فسر المحتمل فختص بالسكنى وإن قال هي عمري فسكنها أو هي لك
هبة فاسكنها أولك صدقة فاسكنها ودفعها إليه فهدية هبة وعمري
وصدقة جائزة وذلك لأنه لم يصف الهبة إلى السكنى وإنما وهب ثم شاور
فيما يعمل بملكه فتعلقت الهبة بالعين وهو كقوله وهبتها لك فوجرها

وأما قوله

276
وأما قوله في الفصل الأول أنه ليس له البيع ولا نه لم يملك العين فلا يجوز بيعه
فيها وكذلك ليس له أن يوجرها لأن العبد يقتضي العارية فإذا أجر
المستعير قطع حق المعير من الرجوع وهذا لا يصح ولو قال هي
لك ليسكنها كانت جائزة إذا قبضها لأن اللام تقتضي التملك وقد
يشاور فيها يعمل بملكه **باب الصدقة**
قال محمد في أملايه قال أبو حنيفة إذا قال الرجل للرجل قد تصدقت
عليك بهذا الدار غنيًا كان المتصدق عليه أو فقيرًا أو دفعها
إليه فذلك جائز ولا سبيل للصدق على الرجوع فيها على وجه من
الوجوه وكذلك لو قال قد جعلتها لك أو قد وهبتها لك وهو محتاج
على وجه الصدقة ودفعها إليه لم يكن له أن يرجع فيها وهذا قول
أبي يوسف ومحمد أما الصدقة على الفقير فقد بينا أنه لا يجوز الرجوع
فيها لأن المقصود منها هو الثواب وقد سلم ذلك له من جهة الله
تعالى وأما إذا وهب للفقير فإنه لا يرجع أيضًا لأن القصد من
هبة هو الصدقة فلم تجز الرجوع فيها لأن القصد من الفقير
ليس هو العوض وإنما العوض هو الثواب فصار كالصدقة
ولأن المعتبر بمعنى العقد دون لفظه ومعني هبة الفقير
الصدقة فلم تجز الرجوع فيها وأما إذا تصدق على غني فالقياس
أن يرجع لأن المقصود بهبة الغني العوض فصار كالهدية إلا أنهم
استحسنوا فقالوا لا يرجع فيها لأنه مبرع عنها بالصدقة فلو أراد

الهبة لعبر بلفظها ولأن الثواب قد يطلب بالصدقة على الأغنيا
الأتري من له مقدار النصاب وله عيال لا يكفيه ما في يده ففي
الصدقة عليه ثواب فكذا لم تجز الرجوع قال ولا تجوز الصدقة
ولا العطية ولا العمري حتى يقبض لأنه تبرع فلا يصح مجرد القبول
كالوصايا وقال محمد إذا تصدق الرجل أو وهب أو حل ابنه وهو
صغير في عياله فقبضه له قبض وهو جائز وليس له أن يرجع فيه إذا شهد
عليه أو علمه وذلك لأن الأب هو الذي يتولى القبض للصغير ألا ترى
أنه لو قبض ما وهبه الأجنبي له جاز فإذا كان هو الواهب وهو الذي
بملك القبض صار قائما عقيب العقد فتمت الهبة وقد قالوا في الأب
إذا باع ماله من ابنه الصغير ثم هلك عقيب البيع كان من ضمان
الابن لأن الأب صار قابضا للصغير عقيب العقد وأما قوله إذا شهد
عليه وأعلمه فليس ذلك بشرط في جواز الهبة وإنما يحتاج إلى الإشهاد
والإعلام حتى لا يحد الورثة قال محمد قال ابن أبي ليلى وغيره من أهل الكوفة
تجوز الصدقة إذا أعلمه وإن لم يقبض ولا تجوز الهبة والتخلي المتبصرة
قال محمد قال أبو حنيفة هما سواء ولا تجوز واحد منهما إلا مقبوضا معلوما
محروزا مقسوما لأنهما صله جميعا وهذا قول أبي يوسف ومحمد وذلك
لما بينا أن الصدقة عقد تبرع فلا يتم مجرد العقد كالهبة وأنا وقت
على القبض لم تجز في المشاع كالهبة ولأن الأشاعة مؤثرة في القبض قال
ووصي الأب إذا وهب للصغير أو جده أو أبيه أو وصي جده هو بمنزلة

الأب في ذلك لأن كل واحد من هؤلاء له عليه ولاية فحل محل الأب
باب هبة الأجنبي للصبي الصغير
ومن تجوز قبضه عليه قال وإذا وهب الأجنبي للصبي
الصغير هبة فقبضها له أبوه أو وصي ابنه بعد موته أو جده أو أبيه
بعد أبيه أو وصيه أو وصي جده بعد أبيه أو وصي ابنه أو جده جاز
ذلك لأن قبض الهبة يصرف في حق الصغير فيملكه من ملك الولاية
عليه وكل واحد من هؤلاء يلى على جاز قبضه له قال ومن غاب عنهم غيبة
منقطعة جاز قبض الذي يتلوم في الولاية وذلك لأن تأخير قبض الهبة
حتى يقدم الغائب فيه ضرر فانتقلت الولاية إلى من دونه كما قالوا في
ولاية النكاح قال ولا تجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد
منهم كان الصبي في عياله القابض أو لم يكن وسواء كان ذات رحم محرم
من الصبي أو كان أجنبيا وذلك لأن وجود من ملك الولاية يمنع
التصرف في حق الصغير كما لا تجوز التصرف في حق البائع بالقبض
لأنه بملك القبض بنفسه قال وإذا لم يكن أحد من هؤلاء الأربعة قبض
للصبي من كان الصبي في حجره وعياله لم يجز قبض من لم يكن في عياله
من ذي الرحم المحرم ولا غيره وذلك لأن من يعوله له عليه ضرب من الولاية
إذا لم يكن له ولي ألا ترى أنه يوديه ويسلمه في الصنائع لما للصبي في
ذلك من المنفعة وله في قبض الهبة منفعة فجاز قبضه له وأما من
ليس في عياله فلا ولاية له عليه فلا تجوز قبضه له كالأجنبي قالوا إن

كان الصبي يعقل ولم يبلغ بعد فقبط ما وهب له واحد من الاربعة جاز
 قبضه استخسانا والقياس ان لا يجوز وجه القياس انه لا ولاية له علي
 نفسه فلا يجوز قبضه في الهبة كالا يجوز في البيع وجه الاستخسان ان له
 في هذا الفعل منفعة ولا ضرر عليه فيه فصار فعله كفعله من هو
 في عياله قال وكذلك لصبية اذا عقلت وكان لها زوج قد دخل بها
 فقبضت او قبض لها زوجها جاز ذلك ولذلك ان قبض الاب في هذه الحال
 جاز ايضا علي الصبي والصبيه اما قبض الصبية فانما جاز لما بينا
 واما قبض زوجها فلا في عياله واما قبض الاب فيجوز لانه يملك
 الولاية عليها قال وان وهب الاب شيئا من ماله لصغير لم يجز علي ابيه
 وكانت الهبة مردودة لانه يتبرع بملك غيره ولان في هذا ضرر علي
 الصغير لا منفعة في مقابلته قال فان اشترط الاب عوضا لم يجز ذلك
 في قوله اي حنيفة واني يوسف وقال محمد اذا شرط الاب عوضا في
 الهبة جاز وهو بمنزلة البيع اذا تقابضا وجه قولها ان الهبة لما لم
 يملكها الاب في حق الصغير بغير عوض لم يملكها بعوض كما يعتق ولا بنا
 صريح التبرع فلا يملكها في حوايه كاعتق علي مال وجه قول محمد انه تملك
 بعوض كالبيع واختلاف العباة غير معتد به كما لو قال مالك وعلي هذا
 لخلاف الماذون والمكاتب اذا وهبا لم يجز عند اي حنيفة واني يوسف
 لانما لا يملك الهبة بغير عوض فلا يملكها بعوض وقال محمد كل من ملك
 البيع يملك الهبة بعوض لانها في معنى المبيع قال واذا وهب رجل لعبد رجل

هبة فالقبول الي العبد فان قبل وقبض صحت الهبة وكان الملك للمولي ولا يجوز
 قبول المولي ولا قبضه كان علي العبد دين او لم يكن وللواهب ان يرجع فيها وانما
 كان القبول الي العبد لان الاجاب وقع له والقبول بعمر من وقع له الاجاب
 والقبول اليه لانه من حقوق العقد والعقد وقع له وانما كان
 الملك للمولي لان الهبة من اكتساب العبد واكتساب العبد لمولاه
 وانما جاز الرجوع فيها وان انتقلت الي ملك المولي لان عقد الهبة اوجب
 انتقال الموهوب الي العبد علي وجه لا يستقر ملكه وانما ينتقل الي
 مولاه فصار العبد كالكيل وليس هذا كما لو زال ملك الموهوب له
 لان ذلك الزوال لم يوجب العقد فمنع من الرجوع فان قيل العرض بالهبة
 للعبد ليس هو العوض لانه لا يملك العوض فضلا صادت كالهبة للفقير
 في منع الرجوع قلنا العبد لا يملك التعويض بالاموال ويملك
 بالمنفعة فصار كالغني قال محمد وكذلك المكاتب لو وهب له هبة
 فالقبول اليه والقبض فاذا قبل وقبض فالمكاتب احق بها ولا يملكها
 المولي وللواهب ان يرجع وكذلك ان اعتق المكاتب وللواهب ان يرجع
 في قولهم وانما يملك المولي المولي ما وهب للمكاتب لانه لا يملك اكتسابه
 والهبة من اكتسابه ويجوز الرجوع لان الهبة باقية علي الملك الذي افرجه
 الواهب وكذلك ان اعتق المكاتب لان الملك الذي اوجب له الهبة قد
 استقر فكانه وهب له ابتداء وهو حر فان تجز المكاتب جاز للواهب
 ان يرجع في قولنا اي يوسف ولم يجز في قول محمد وجه قولنا اي يوسف ان

عقد الهبة اوجب كون الملك فيها موقوفا على المكاتب وعلى سواه فاذا
استقر احد وجهي المراجعة لم يسقط الرجوع كما لو استقر ملك المكاتب
بالعتق وهذا مبني على ان المولى لا يملك اكتساب المكاتب بحكم ملك مستأ
وانما يملكها بحكم للملك الاول بدلالة انه يستحق بالعجز اكسابه ورقبته
فاذا لم يملك الرقبة بحكم ملك مستأنف فكذلك لا اكساب وجه قول
محمد ان المولى يملك اكساب المكاتب ببطلان تصرف المكاتب بالعجز
كما يملك الوارث اكساب الحر ببطلان تصرفه بالموت فاذا لم يجز رجوع
الواهب على الوارث فكذلك لا يجوز رجوعه على المولى قال واذا هب
رجل للعبد هبة والعبد ذوارحم محرم من الواهب او مولا ذوارحم
محرم من الواهب وللواهب ان يرجع في هبته في قول ابي حنيفة
انما كان ذارحم محرم من الواهب وكذلك ان كانا جميعا ذوارحم محرم
من الواهب وذلك فان محمد قال قياس قول ابي حنيفة ان يرجع وقال
ابو يوسف ومحمد ينظر الى المولى فان كان ذارحم محرم من الواهب لم
يرجع وان لم يكن المولى ذارحم محرم من الواهب وكان العبد ذارحم
محرم من الواهب رج الواهب اما اذا كان المولى اجنبي فللواهب
الرجوع في قولهم من اصلين مختلفين اما ابو حنيفة فيقول ان الهبة
لا تحصل بها صلة كاملة لانها تقع للعبد من وجه والمولى من وجه
فصار كالهبة لرحم عن محرم واما ما فيقول ان الملك بالعقد يحصل
للمولى وهو اجنبي فكان الواهب اوجب الهبة له واما اذا كان المولى ذا

رحم محرم والعبد اجنبيا فللواهب الرجوع عند ابي حنيفة وقال لا يرجع
وجه قول ابي حنيفة ان الهبة حاصلة للعبد من وجه والمولى من وجه
الا ترى انها موجبة للعبد ولهذا يقضى منها ديونه والملك حاص
للمولى اذا لم يكن دين فلم يكمل معنى الصلة فيها فصار كالهبة لرحم غير
محرم وجه قولها ان الملك يحصل للمولى وهو ذوارحم محرم من الواهب
فكانه وهب له ابتداء فلا يرجع واما اذا كان المولى والعبد كل واحد
منهما ذوارحم محرم فقد ذكر ابو الحسن عن محمد ان قياس قول ابي حنيفة
ان يرجع لان رحم العبد غير موثر عنه اذا كان للملك لا يحصل له ذوارحم
المولى له غير موثر وكان الانجاب وقع لغيره فثبت الرجوع وكان ابو جعفر
الهندواني يقول ليس له ان يرجع في هذه المسئلة في قولهم لان الهبة اما ان
تعتبر فيها حال العبد او حال المولى وايهما كان من جهة كاملة وذلك
بمنع الرجوع وعلى هذا التفريع اذا وهب لمكاتب وهو ذوارحم محرم
من الواهب او مولا ذوارحم محرم من الواهب فان اذا المكاتب فاعتبال
حال المكاتب فان كان ذارحم محرم من الواهب لم يرجع وان كان اجنبيا
فله ان يرجع لان ملكه استقر بالعقد فكان الهبة وقعت له وهو حر
وان كان اجنبيا رج الواهب وان كان ذارحم محرم لم يرجع وان عجز المكاتب
فرد في الرق في قياس قول ابي يوسف يعتبر حال المولى فان كان اجنبيا فللوا
ان يرجع وان كان ذارحم محرم من الواهب فليس له ان يرجع لما قدمنا ان كسب
المكاتب موقوف على المولى وعليه فاذا استحققه المولى استقر له فكانه وجب

الموثر

له بالعقد وعلي قول محمد لا يرجع الواهب في الأحوال كلها لأن كسب المكاتب
لنفسه فإذا انتقل إلى المولى لم يرجع فكانه وهب له ثم مات وانتقل إلى ورثته
وأما ما دام مكاتباً فالواجب أن يعتبر بحال المكاتب فإن كان ذارحم محرم
من الواهب لم يثبت الرجوع وإن كان اجنبياً رجع **كتاب**
الوديعة قال الشيخ الوديعة عندنا عقد جائز والدليل
على جواز قول الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على
الآثم والعدوان وهذا امر بالتعاون على البر وقال النبي صلى الله عليه وسلم
لا يزال الله في عون المرمادام المرمى عون أخيه وروى أنه قال من أئتمن
أمانة فليؤدها ولا تأسر يفعلون هذا في سائر الأعصار من غير
خلاف ولأنه لا خلاف في ذلك بين الأمة وهي من عقود الأمانات والدليل
عليه قوله صلى الله عليه وسلم ليس على المودع عن الغل ضمان ولا على
المستعبر غير الغل ضمان قال أبو الحسن والوديعة عندنا صحابنا جميعاً
أمانة فإذا قبلها المستودع فهو موثمن مستحفظ وهذا على ما بينا وإنما
كان مستحفظاً لأنه موكل بالحفظ دون غيره فكان عليه أن يفعل ما
أمر به قال ويلزمه حفظها عما يحفظ به ماله من يداو حرز وذلك لأن
الإنسان لا يلتزم حفظ مال الغير إلا على الوجه الذي يحفظ ماله فإذا فعل
ما يفعله في ماله لم يضمن قال وسواء حفظها في يده أو في يد غيره إذا كان
الغير ممن يكون ماله في يده ويستحفظه أياه وهذا إذا كان الحافظ في عيال
المودع وذلك لأنه لا يتكمن من الحفظ إلا من في عياله فصار ما دون ذلك

التسليم

التسليم إليه ولأنه لو لم يسلم الوديعة إليه لحصلت في يده في طريق الحكم إذا خرج
المودع من داره وخلا بين عياله وبين الدار فإذا لم يضمن بذلك لم يضمن بالتسليم
قال فإن أخرجها عن يده إلى يد غيره ممن لا يده في ماله ولا يستحفظه أو جعله
في حرز ليس بحرز فيه ماله فهو مخالف ضامن للوديعة أن هلك قبل
أن يردها في يده أو حرزها أما إذا أخرجها عن يده إلى يد من ليس في عياله
فلأن المالك رضي بيده ولم يرض بيد غيره يعني في غير حال الضرورة وحكم
الأيدي تختلف فإذا سلمها إلى من ليس في عياله فقد حفظها بيد من لم يرض
المالك بها فيضمن ولهذا المعنى قالوا ليس للوكيل أن يوكل لأن المالك
رضي برأيه ولم يرض برأي غيره وأما قوله أنه إذا حفظها في حرز ليس بحرز
فيه ماله ضمن فإنما يعني بذلك أنه إذا حفظها في حرز غيره فيصير بذلك
في حكم المودع فاما إذا استأجر حرزاً لنفسه وحفظها فيه دون ماله
لم يضمن لأن هذا حرز له كالحرز الذي فيه ماله قال فإن ردها إلى يده
أو حرزه بعد أن كان أخرجها عن يده أو حرزه بري من الضمان وعادت
الوديعة إلى حال الأمانة كما كانت في الأول ولذلك أن استعمل الوديعة
فكانت دابة فركبها أو حمل عليها أو عبداً فاستخدمه أو ثوباً فلبسه
أو شيئاً مما يفتقرش وفرشه ثم ألقه عن ذلك فردها إلى جالها الأولي
لزمه ضمانها وجلة هذا أن المودع إذا تعدي في الوديعة ثم أزال
التعدي بري من الضمان عندنا وقال الشافعي لا يبرئنا أن أمره بالحفظ
عام في سائر الأوقات والأمر لا يبطل بالتعدي بدلالة أن من وكل رجلاً ببيع عبد

فاعتقه الوكيل او وهبه او باعه بثمن يسير فقد تعدي في فعله ولا يمنعه
 ذلك من بيعه في الثاني واذا لم يبطل الامر بالتعدي فاذا زال التعدي فقد
 رجعت العين الى يد تقوم مقام يد المالك فكانه ردها الى وكيله فيبرا
 من الضمان وليس هذا كما لو وجد الوديعة ثم اقرها لان الجحود لا يكون الا
 بعد مطالبة المالك بالرد والمالك اذا طالب بالرد فقد عزله عن الحفظ
 فاذا اعترف بالوديعة فلم يرد لها الى يد من تقوم مقام يد المالك
 فلم يسقط الضمان وقد قالوا في المستاجر اذا تعدي ثم ازال التعدي
 لم يبر من الضمان لان يد لنفسه لا ترى انه يقبض الشيء لمنفعة نفسه
 فاذا زال التعدي فلم يرد العين الى يد من يقوم مقام المستاجر وطعن
 عيسى على هذا وقال ان يد المستاجر يد لموجر بدلالة انه يرجع
 عليه ما يلحقه من الضمان كالمودع وهذا ليس بصحيح لانه لا يرجع
 للمعني الذي قاله وانما يرجع لانه عبر بايجاب عقد فيه بدل كما يرجع
 المشتري على البائع مما يلحقه من الضمان وان يقيم يد مقام يد ولذلك
 قالوا في المستعير اذا تعدي ثم ازال التعدي لم يبر من الضمان لان
 يد لا تقوم مقام يد المالك الا ترى انه بمسك الشيء لمنفعة نفسه
 بدلا لمنفعة المالك فاما المودع فيد قائمة مقام يد المالك ولانه
 بمسك لمنفعته فصارت يد كيد المالك فان اخرجها عن يد في حال
 ضرورة مثل ان يقع في داه حريق غالب فخاف منه على الوديعة او يكون
 معه في سفينة فيلحقه غرق او لصوص ما اشبه ذلك فيدفعها الى

غير فلا يضمن وذلك لانه مأمور بالحفظ ولا يقدر على الحفظ في هذه الحال
 الا بالابداع فكان ما ذونا فيه قال ابو يوسف ولا نصدق على الغر حتى
 يقيم بينة وكذلك قياس قول ابي حنيفة وذلك لان الابداع سبب للضمان
 فاذا ادعي سقوط الضمان بالضرورة لم يقبل قوله الا بينة كالوادع
 ان المالك اذن له في الابداع قال فان سافر فاستودعها رجلا فهو ضامن
 في قول ابي حنيفة وابي يوسف وان خرج بها معه فلا ضمان عليه وقال
 في هذه المسئلة ان كانت الوديعة لها حمل ومونة فليس للمستودع ان يحولها
 من المصرا الذي استودعها فيه فان خرج بها من ذلك المصرا فلا ضمان عليه
 ما خلا خصلة ان يكون طعاما كثيرا او برا كثيرا فانه يضمن هذا استحسانا
 وليس بقياس والقياس ان لا يضمن وقال ابو حنيفة يخرج بها حيث
 شا كان لها حمل ومونة او لا حمل ولا مونة ووي هشام عن محمد مثل
 قول ابي يوسف وجه قول ابي حنيفة ان المودع لا يلزم حفظ الودائع
 لترك السفر الذي يحتاج اليه لمصلحة فاذا عزل سفر لم تجز
 ان يودع الوديعة فيضمن ولا يكلف ان يستاجر لها منزلا لان هذا
 ضمان لم يلزمه للمالك فلم يبق الا ان يسافر بها ولا ان المودع لما اطلق
 الامر بالحفظ اقتضى ذلك عموم الحال في السفر والحضر وجه
 قولها ان ما له حمل ومونة يلحق المالك ضررا بالسفر لمونة الرد
 فلم تجز للمودع ذلك وما ليس له مونة لا يلزمه ضرر في رده فبقي
 على اصل القياس قال فان قطعت الوديعة بغير فعل من المودع

او دخلها نقص غير فعله فلا ضمان عليه وان ادعا ذلك دعوي انما
هلكت او هلك بعضها بغير فعله او ادعي ان ذلك كان يفعل
غيره بغير امره فالقول قوله مع يمينه لنا ما روي عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من استودع
وديعة فهلك فلا ضمان عليه وعن عمر بن الخطاب انه قال
العارية بمنزلة الوديعة لا يضمن صاحبها الا ان يتعدي وعن
الحسن قال ادركت ثمانين من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما رايتهم يضمنون الودائع ولانه موثق فلا يلزمه الضمان الا بالتعد
ولان يده كيد المالك ولو هلك العين في يد المالك لم يضمنها
فكذلك اذا هلك في يد المودع وانما رجع الى قوله لان الامين
يقبل قوله في اسقاط الضمان عن نفسه كالأب والوصي ولان
الاصل انه لم يوجد فيه سبب من اسباب الضمان ومن تمسك
بالاصل فالقول قوله وانما كان القول قوله مع يمينه لانا جعلنا القول
قوله فيما يلزمه فيه الخصومة والشئ مما يصح بدله فكان عليه
اليمين كالمدا عليه الدين قال وان اخرجها من يده الى يد غيره
او امر غيره بان يحدث فيها حدثا يستملكها به او يدخلها نقضا
بذلك وادعا ان ذلك كان بامر المودع لم يصدق علي ذلك الا
ان يقيم عليه بينة فان لم يقم له على ذلك بينة ضمن بعد ان يحلف
المودع بالله ما امر بذلك فان حلف ضمنه وان ابا ان يحلف

فلا ضمان عليه وذلك لان اخرجها من يده والامر بالتعدي فيها
سبب من اسباب الضمان ادعي البراة منه بامر المالك ولا يقبل
قوله في اسقاط الضمان وانما وجب استخلاف المودع لان المودع
فايده في يمينه لما يودي النكول اليه من اسقاط الضمان عنه فلذلك
استخلفه فان حلف فقد قطع لخصومة فوجب الضمان وان نكل
فقد بدلا لاذن وذلك فيما يصح بدله فيسقط الضمان قال واذا
ادعي رجل انه او دعي رجلا شيا فنجح المودع فانكر الوديعة فالقول
قوله مع يمينه فان المدعي البينة على الوديعة او استخلفه فنكل عن
الوديعة اليمين ثم اقر بعد اقامة البينة او بعد اثنا اليمين فقال
قد كنت استودع عتي فهلك الوديعة في يدي لم يقبل منه ضمن
وذلك انه لما جحد الوديعة فقد حكما له حكم الملك فيها ولا يجوز
ان يحكم له بالملك في ملك غيره حتى يوجب عليه الضمان واذا
ضمنها لم يسقط بالهلاك ولان الامر بطل بالجحد فصار المودع
غاصبا فلا يقبل قوله في الهلاك وكذلك ان اقام بينة بعد جحوده
الوديعة لم يسمع من بينته لان جحود الوديعة كذاب للبينة بهلاكها
والمدعي اذا كذب بينة لم يسمع فان اقررت الوديعة انها هلك
في يده قبل جحوده اياها بري المودع من الضمان وان لم يقرب ذلك ولم
يتم له بينة وقال المودع استودع عتي فهلك فحلفه ما هلك
قبل ان يجحد فان القاضي يحلفه ما يعلمها هلك قبل ان يجحدها

وذلك لان الاقرار يثبت جملة بنفسه فاذا اقررت الوديعة انها
هلكت قبل الجود وقد هلكت على الامانة فالجود بعد ذلك
لا يوجب الضمان فيها وان لم يقر استخلف لان اليقين فيها قايده
للمودع ويستخلف على العلم لانها ثم على فعل الغير قال بشرحت
ابا يوسف في رجل استودع رجلا الف درهم فقال المستودع
قد ضاع قال قول قوله مع عينه ولا ضمان عليه وقال ابو يوسف
اخبرنا الحجاج عن ابن الزبير عن جابر ان رجلا استودع رجلا
وديعة فقال سرقت فاختصما الى ابي بكر رضي الله عنه فلم يضمنه
وهذا على ما قدمنا قال ولو ان المستودع قال قد ضاعت ثم قال بعد
ذلك بل كنت دفعتها اليك واوهمت فانه لا يصدق وهو ضامن
لانه اكد بنفسه في ردها بدعوى الهلاك واكد بنفسه
في الهلاك بدعوى الرد واذا سقطت الدعوتان نفي الشيء في يده
في الظاهر فيلزمه ضمانه قال ابو يوسف في الوديعة اذا احمدها
المودع مع صاحبها ضمن وان حمدها مع غيره لم يضمن لان الضمان
انما يجب بترك التسليم عند وجوب الرد وهذا المعنى موجود
بمطالبة المالك دون غيره ولان المودع قد تجدد الوديعة
مع غيرها لكان على طريق الحفظ لها فلم يوجب ذلك الضمان عليه
وقال زفر يضمنها في الوجهين لان الجود لما يتعلق به الضمان
استوى فيه ان يكون تحضر المالك او غير حضرته كالتعدي

وقال ابو حنيفة اذا استعار ثوبا ليلبسه او دابة ليركبها
او كان عنده مال ووديعة فبعث به مع رسول من اهله
وعياله فلا ضمان عليه وان بعث بذلك مع رجل ليس من عياله
فهو ضامن وكذلك قال ابو يوسف وقال ابن ابي ليلى لا ضمان
عليه في الوجهين وهذا على ما بينا ان المودع له ان يحفظ الوديعة
بنفسه ويمن في عياله فجاز له ان يسلمها اليهم ومن ليس في
عياله لا يجوز ان يحفظه فلا يجوز ان يسلم اليه فاما ابن ابي
ليلى فمن اصله ان المودع يجوز له ان يودع فاذا سلم الى اجنبي
لم يضمن بالتسليم قال واذا استودع رجل رجلا الف درهم
فقال اخباه في بيتك هذا فخباه في بيت اخر من داره تلك فضا
الوديعة فلا ضمان عليه وكذلك لو قال صنعها في كيسك هذا
فوضعتها في صندوقه لم يضمن وكذلك لو قال امسكها بيدك
ولا تضعها ليلا ولا تهازل فوضعتها في بيته فهلك لم يكن عليه
ضمان وذلك لان البيوت في الدار الواحدة حرز واحد الا ترى
ان السارق اذا نقل من بيت الى بيت لم يقطع والحرز الواحد لا قابلية
في تغيير بعضه دون بعض والامر الذي لا قابلية فيه يسقط حكمه
اصله اذا قال اودعك على ان تنظر اليها بعينك اليمنى دون
اليسرى وليس هذا كما لو قالت له احفظها في هذه الدار تحفظها
في دار اخرى لان كل واحدة من الدارين حرز منفرد والاحراز

تختلف فلما لك عرض في بعضها دون بعض صحيح فصيح بعينه فاذا
اردع في غير الحرز ضمن واما اذا قال له علي ان تمسك بيدك
ولا تضعها فان هذا لا يمكن فالامر به لا يتعلق به حكم فسقط ولو
قال لا تخرجها من الكوفة وصنعها في يدك فخرج بها عمدا الي
البصرة او الي غيرها ضمن لان السفر فيه خطر بالمال فاداهاعنه
فقد حصر الحفظ حصصا فيه فايده فتعلق الحكم به قال فان انتقل
من الكوفة الي البصرة او الي غير ذلك لم يكن له منه يد فضلك
فلا ضمان عليه وهذا انما يريد به اذا خاف عليها فهو ما مور
بالحفظ فاذا لم يقدر على حفظها في المصر جاز له النقل كما لا تجوز
له في نقلها عن داره الي دار غير عند الحريق قال فان استودعه
ودية وقال له لا تسلمها الي امرائك فاني ائتمها عليها او الي عبدك
او الي امتك او الي ابنك او الي ابنتك فاني ائتمهم فدفعها المستودع
الي بعض من ذكرنا فضلك الودية قال فان كان المستودع لا يده
فيما صنع ولا يجد امران يدفعه الي بعض من ذكرنا لم اضمنه وذلك
لان من كان في عياله منهم لا يستطيع منعه منها لانها تصير في يده
من طريق الحكم فلا يكون للذي فايده ومن ليس في عياله يقدر على
حفظها منه فلم يجز التسليم اليه كالاجنبي قال واد اودع رجلا
رجلا ودية دراهم او دنانير او دوابا او عبدا او بسنانا فجا
احدها والاخر غائب فقال للمستودع ادفع الي حصتي من ذلك فانا

ذلك فتقدم الي القاضي فقضا عليه القضية فان القاضي لا يقضي
عليه ان يدفع الي الحاضر حصته دون الاخر حتي يجتمعا وقال ابو يوسف
ومحمد اقيم ذلك وادفع اليه حصته ولا يكون قسمة جائزة علي الغائب
وقد روي عن محمد انه قال قول ابي حنيفة اقيس وقول ابي يوسف
اوسع وجه قول ابي حنيفة ان المدفوع لا يخلوا ان يكون نصيب
لحاضر خاصة او من النصيبين ولا يجوز ان يكون نصيبه خاصة
لان ذلك لا يكون الا بالقسمة والمودع ليس بوكيل في القسمة
فلا يجوز قسمة المال مع غيبته ولا يجوز ان يكون المدفوع من
النصيبين جميعا لان تسليم نصيب الغائب الي الحاضر لا يجوز
وجه قولها ان الغائب لو حضر فاخذ شريكه بعض المال واتلفه
لم يجبر علي رده فكذا اذا كان غائبا جاز اخذه من جهة المودع
وهذا انما يتصور في المكليات والموزونات خاصة وليس بصحيح
لانه ليس اذا اخذ المستحق بعض المال المشترك ولم يجبر علي رده
مما يجوز للمودع الدفع اليه الا ترى ان الغريم اذا اخذ من مال
غريمه حبس حقه لم يجبر علي رده ولا يجوز لمودع الغريم ان
يدفع اليه ولما ان الدين المشترك اذا حضر احد الشريكين
كان له ان يطالب بحقه فكذا لك العين المشترك وهذا ليس بصحيح
لان الغريم اذا دفع الي احد الشريكين مقداره دينه فانما يدفع مال
نفسه لا مال الغيب وفي مسلتنا يدفع مال الغير بخير اذنه

فلا تجوز واما قولها لانها لا تكون قسمة جائزة في حق الغائب
 فمعناه ان الباقي في يد المودع ان هلك وحضر الغائب كان له
 ان يرجع على القابض بنصف ما قبض لان القسمة لم يصح وقد سلم
 لاحد الشريكين من المال المشترك ما لم يسلم لشريكه مثله فذلك
 رجع عليه قال واذا اودع رجل رجلين ما الا قال ياخذ كل واحد
 منهما نصفه يعني فيقسمانه فان دفع احدهما المال كله الى
 صاحبه ضمن في قولنا ابي حنيفة ولم يضمن في قولنا ابي يوسف
 ومحمد وهذا فيما يمكن قسمته فاما ما لا يمكن قسمته فلكل واحد
 منهما ان يسلمه الى الآخر وجه قولنا ابي حنيفة ان المالك رضي
 بحفظها ولم يرض باحد منهما فاذا امكن كل واحد منهما الحفظ على الوجه
 المأمور به فلم يفعل صار ضامنا كما لمودع الواحد اذا سلم الوديعة
 الى غيره وليس كذلك ما لا يقسم لان المودع يعلم انهما لا يجتمعان
 ابدا في مكان واحد فتسليمه اليهما رضا بيد كل واحد منهما وجه
 قولها ان المالك رضي باماتتهما فكان لكل واحد منهما التسليم الى
 الآخر كالشي الذي لا يقسم وعلي هذا قال ابو حنيفة في المرتفعين
 والوكيلين بالشري اذا سلم احدهما الى الآخر ما يمكن قسمته ضمن
 لما بيننا قال واذا اودع رجل رجلا ما الا فادعه الذي قبض
 الوديعة غير فضاء فان ابا حنيفة قال الضمان على الاول
 ليس على الثاني ضمان وقال ابو يوسف ومحمد لم يرد الوديعة ان

للآخر فان ضمنه رجع للاول وان ضمن الاول لم يرجع على الآخر وجه
 قولنا ابي حنيفة ان الضمان انما وجب بقبض المودع الثاني والفعل
 الواحد لا يوجب ضمانا على اثنين في عين واحد على كل واحد منهما
 في جميعها كالغصب وليس هذا كالغاصب وغاصب الغاصب
 لان كل واحد منهما وجد منه غضب مبتدأ فلزم احدهما الضمان
 بفعل غير الزم به الآخر وفي مسلتنا تسليم الوديعة لا يتعلق به
 ضمان لانه لو تسلمها لحفظها المودع بخضرة المودع الاول لم يضمن
 واحد منهما فعلمت ان الضمان انما هو بما بعد التسليم ولا يلزمه
 الشري الموجب للضمان على الوكيل وعلى الموكل لان الوكيل يضمن
 بعقد الشراء والموكل يضمن بعقد الوكالة لا بالشري ولا يلزم
 القصار اذا غلط فدفع ثوب رجل الى غيره فقطعه ان كل واحد
 منهما ضامن لان الثاني ضمن بالتصرف والاول ضمن بالدفع الا ترى
 انه ممنوع من دفع ثوب الانسان الى غيره ولان الضمان لما وجب
 على الاول يفعل الثاني لم يجب على الثاني ضمن كاجير المشترك
 اذا دق الثوب فحرق ضمن الاجير المشترك ولم يضمن اجيره ولانه
 مودع لم يتخلف فصار كمودع الشريك والمضارب وجه قولها ان
 الاول تعدي بالتسليم والثاني تعدي بالقبض فصار كالغاصب
 وغاصب الغاصب وقال ابن سماعه عن محمد بن نواذر سمعت
 محمدا قال في رجل اودع رجلا وديعة فجابها المودع فوضعها في منزل

المودع فضاعت الوديعة فان المحتوج ضامن لها وذلك لان المودع
رضي بيله ولم يرض بغيره فاذا اخرجها عن يده الى غير يد المالك
وعلى هذا لو دفعها الى من في عيال للمالك لم يرض بدهم فصاروا
في حقته كالا جانب وهذا هو القياس عندنا في العارية والاجارة
اذا ردها الى بيت مالكم وانما استحسنوا فيها العارية وهوان
الاجير ان يستعير بعضهم من بعض له البيت ويردونها الى دارهم
من غير تسليم وكذلك تستعار الدابة وتزد الى الاصطبل الاثري
ان العادة لم تجز ان تستعار دابة الامير ثم تحمل الى مجلسه
وانما يرد الى القيم بها فتركوا القياس للعادة وهذه العادة غير
موجودة في الودائع ولهذا قالوا في العارية اذا كانت عقد جوهر
لم تجز ان يردوها الى المعير لان مثل هذا لم تجر العادة بطرحه في
الدار ولا بدفعه الى غلمان الحطب فصار كالوديعة وقالت
ابن سماعه عنه في الرجل يبعث بالوديعة تكون عنده مع غلامه
او اجيره الذي استاجر مشاهرة او مع ابنه الصغير او الكبير
الذي هو في عياله بمونه ويكفيه طعامه وكسوته او مع رجل
هو في عياله على مثل تلك الحال قال هو جاز ولا ضمان عليه فاما
رجل تجري عليه نفقته دراهم في كل شهر فليس هذا بمنزلة
الذي هو في عياله فهو ضامن وهذا صحيح لان من كان في عياله
لا يقدر على حفظ الوديعة عنهم فالتسليم اليهم ما ذون فيه

ومن كان في منزله وان كان في نفقته فهو يقدر على منعهم بما يضمن
بالتسليم اليهم قال ولو اودع الوديعة شريكاه معا وضما
او شريكا شركة عيالا وعبداهما ذونا له في التجارة او عبدا له
معين لا عن منزله فصاع لم يكن في شيء من هذا ضمان وكذلك الاجير
وخادمه وكذلك اذا استخفظها شريكه فحملها الى منزله فضا
لم يكن عليه ضمان وكذلك صير فنان شريكا او دعه احدهما رجل
وديعة فوضعها في كيسها فامر شريكه بحفظها فحمل الكيس بما فيه
من الوديعة والبضاعة فصاع لم يضمن وذلك لان كل واحد من
الشريكين يحفظ مال شريكه ومملوكه فصارت يدهم في المال
كيد فلم يضمن قال واذا اودع رجل رجلا وديعة فخلطها بغيرها
خلطا لا يتميز منه فهو ضامن وان كانت تتميز حين يوصل اليها بعينها
فلا ضمان على المودع ولو اودع رجلا من كل واحد منهما الفاعلي حدة
فخذ المودع الى الالفين فخلطها جميعا فاختلط المال فان ابا
حنيفة قال لا سبيل لواحد منهما على اخذ هذه الدراهم ولهما
على المودع الفان وقال ابو يوسف ومحمد هما بالخيار فان شافنا
الفين وان شافنا هذه الالفين فاقسماها نصفين وقدينا
هذه المسئلة في الغصب وذكرنا لابي حنيفة ان الخلط يمنع من
الوصول الى غير الوديعة كاتلافها وليس كذلك الخلط الذي يتميز
لانه يمكن الوصول الى غير الوديعة فكأنها لم تخلط وجه قولهما

ان غير المال بحاله وانما دخله نقصر بالشركة فكان ماله بالخيار
ان شا اخله مع النقص وان شا ضمن قال محمد لا يمنع المودع اكل
هذه الدراهم حتي يودي مثلها الي صاحبها وهذا صحيح من قولهم اما علي
قولها فلان المودع لم يملكها وعلي قولنا بني حنيفة ملكها من وجه
مخطور ولم يود بد له قال واذا اودع رجل رجلا مالا لافئاة المودع
فان كانت الوديعة معروفة بعينها قايمه في يدي الورثة ردت علي
صاحبها وان كانت لا يعرف بعينها فهي دين في نزكه الميت تخلط الغرام
وان كان وقتهم في الصحة يكون كاحد منهم اما اذا وجدت بعينها فلقوله
صلي الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو احق به وان لم يوجد
فقد ضيع المودع الحفظ به له سارحها والمودع اذا ضيع الحفظ
ضمن ولا نه لما تبين حالها فالظاهر انها باقية في يده وقد مناله فيها
له حكم الملك فلا يجوز ان يحكم له بالملك فيما لا يملكه حتي يحكم عليه
بضمان ثبته واذا ثبت انها من عليه ساوا صاحبها الغرام وانما
صارت كدين الصحة وان كان السكون عند بيانها في المرض لانه
ضمان له سبب معلوم فيساوي ديون الصحة ان كان في المرض
كالقرض المعروف وضمن البيع **فصل** ومن مسائل هذا
الكتاب المشهورة اذا اودع صبيا محجورا عليه لاضمان في ذلك
لرجع به علي المودع فلم يكن لاجابه الضمان معني وليس الوديعة
فاتلفها لم يضمن عندنا بني حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يضمن ولو

٢٧٢
اودعه عبدا فقتله ضمن في قولهم وجه قولها ان الصبي من عاقبته
يضيق الاموال فاذا سلم اليه مع علمه بهذه العادة فكانه رضي
بالتلافه فلم يكن له تضمينه كمن قدم طعاما الي رجل فاكله وليس
كذلك العبد لانه ليس من عادة الصبيان قتل العبيد ولان
المودع مستعمل للصبي في حفظ الوديعة ومن استعمل صبيا
كان ضامنا لما يصيب الصبي في عمله فلو لزمه ضمان في ذلك لرجع
به علي المودع فلم يكن لاجابه الضمان معني وليس كذلك العبد
لان المسئلة محمولة علي انه عبد يكتنه ان يحفظ نفسه فلم
يكن ابداعه عند الصبي استعمالا في حفظه وجه قول ابي
يوسف ان قبول الصبي للوديعة لا يتعلق به حكم فكانه
اتلف المال من غير ابداع فيلزمه ضمان وعلي هذا الخلاف اذا
اودع عبدا محجورا قال ابو حنيفة ومحمد لا ضمان عليه في الحال لانه
استعمل للحفظ فلو لزمه ضمان في استعماله رجع به علي المودع
فلا معني لاجاب الضمان وجه قول ابي يوسف ان قبول العبد
للوديعة لا يتعلق به حكم فصار كانه اتلفها من غير ابداع الا
ان حكم العبد مفارق للصبي من وجه لان العبد يضمن اذا
اعتق ولا يضمن الصبي بعد بلوغه لان العبد في نفسه ممن
يملك قبول الوديعة وانما لا يلزمه ذلك بحق المولي فاذا زال حق
المولي بالغتوق صار كالحرة والصبي لا قول له فلا يثبت لقبوله حكما

في الحال ولا بعد البلوغ **كتاب العارية**
 العارية عقد جائز والدليل عليه ان النبي صلى الله عليه وسلم
 استعار من صفوان ابن امية درعاً له وقال صلى الله عليه وسلم
 العارية مودة ومحنة مردودة ولان المنافع يصح تملكها
 فجاز ان يملك بعوض وغير عوض كالاعيان ولا خلاف في جواز
 ذلك بين الامة واختلف اصحابنا في معنى العارية فذكر ابو الحسن
 انها اباحة المنافع وكان ابو بكر يقول انها تملك المنافع واحتج
 من يصر قولاً الى الحسن بان المستعير لا يجوز له ان يواجر ما استعاره
 ولو ملك المنافع لجاز له ان يواجرها كما مستاجر والصحيح انها
 تملك لان المستعير يملك ان يعير فلو كانت اباحة لم يجز ان
 يملكها لغيره كما لا يجوز كمن ابيع له الطعام ان يبيعه لغيره
 ولان القرية والعارية اشتق احدهما من الآخر وانما خصوا
 كل واحد من الاسمين باسم به فقالوا في تملك الاعيان عارية
 وفي المنافع عارية فدل على ان احد اللفظين تملك كالآخرى
 واما امتناع الاجارة فليس لانه لم يملك مكن العين ملكه المنافع
 وجه لا ينقطع حقه عنها متى شا ان يرجع فلو اجر المستعير
 بالاجارة الاستحقاق فيقطع حق المعير عنها فلذلك لم تجز
 الاجارة قال ابو الحسن العواري على صريحتين ضرب مضمون وضرب
 غير مضمون فما كان من العواري له منافع يقع عليها عقد

الاجارة عليها فهو فرض وان كانت بغير العارية وهي مفقونة
 اذا قبضت بامثالها قال الشيخ وهذا التفسير الذي ذكره
 ليس هو على ظاهره لان عارية الدرامم والدنانير ليس بعارية
 في الحقيقة وانما هو عقد على الاعيان والعارية ما انعقد
 على المنافع الا انه قسم على الاسم لا على المعنى فاذا اعار ما له
 منافع مثل الرقيق والثياب والاواني والعقار فالعقد وقع
 على منافعه والمستعير ان ينفع به على الوجه المعتاد وقوله
 ومنافعها مباحة غير مملوكة قد تكلمنا عليه وتجوز ان يتناول
 قوله فيقال ان اراد باضا غير مملوكة مع الملك المستعير الذي
 لا يجوز الرجوع فيه وانما اجاز الرجوع في العارية متى شا وقت
 المعير او لم يوقت لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة
 والعارية مودة ولان التملك يقع على المنافع وهي مقدمة
 وانما يملكها المستعير حال محال مما لم يوجد منها تبرع لم يتصل
 بالقبض فكان للتبرع الرجوع فيه والدليل على ان العارية
 امانة اذا هلك في يد المستعير لم يضمن قوله صلى الله عليه وسلم
 ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المودع غير المغل ضمان
 ولان هذا القبض لا يتعلق به ضمان الاجزا اذا بلغت بالاستعمال
 فلا يتعلق به ضمان العين كقبض المستاجر وعكسه قبض الغاصب
 والذي روي ان النبي صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان ابن امية

ذرعا فقال اغصبا تلخدها يا محمد قال لا بل عارية مضمونة
 مؤداة لا دلالة فيه من وجوه احدها ان هذا كان بمكة
 وهو يومئذ دار حرب والشرط الفاسد في دار الحرب
 كالشرط الصحيح في دار الاسلام ومن اصحابنا من قال ان العارية
 انما لا تضمن انما بشرط ضمانها فاذا شرط ضمانها ضمننا وقد شرط
 النبي صلى الله عليه وسلم الضمان فان قيل له كانت العارية لا تضمن لمر
 يضمن بالشرط كالاجارة والوديعة والجواب ان الاجارة والعارية
 انما لا تضمن بالشرط لانه لا فائدة في شرط ضمان فيها الا ترى ان
 ما يلحق المستاجر والمودع من الضمان رجع به على المودع والمودع
 وفي شرط الضمان في العارية فائدة لان المستعير لا يرجع بما يلحقه
 من الضمان على المعير وجواب ثالث وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم
 اخذ الادرع من صفوان بغير رضاه الا ترى ان صفوان رجل
 من اهل اللغة لا تخفى عليه اسم الغصب وقد قال له اغصبا
 تاخذها يا محمد فذلك على انه اخذها بغير بدل وللإمام عندنا
 اذا احتاج المسلمون الى مثل هذا ان ياخذ بغير اذن مالكة
 وقد يكون مضمونا على بيت المال وجواب رابع وهو ان ابن
 حزم روي ان هذه الادرع كانت لاهل مكة في يد صفوان وقد
 اعارها بغير اذنهم وهذه العارية تتعلق بها الضمان وجواب
 خامس وهو ان قوله بل عارية مضمونة معناه مضمونة للرد

٢٧٥
 الا ترى انه جعل الضمان صفة للعارية وضمان القينة لا يكون
 صفة لها وانما يكون بعد هلاكها قال ولا يضمن العارية الا ان
 يتعدي فيها او يخالف الاستعمال بغير ما استعار كما يضمن
 المستاجر في استعمال المستاجر في غير ما استأجره له وذلك لان
 قبضها بامر المالك فاذا تعدي او خالف ما امره فكانه استعمل
 المعير بغير اذن مالِكها فيلزمه الضمان واما القسم الثاني وهو
 عارية ما لا منافع له مثل الدراهم والذنانير والحنطة والشعير
 فانما كان قرضا لان العارية تمليك المنافع والمنافع المقصودة
 من الدراهم اتقاقها واستهلاكها اعيانها فكان المعير اذن في
 ذلك ثم لما كان عقدا عارية يتضمن وجوب الرد اوجب ذلك
 الضمان فيها بامثالها وهذا معنى القرض وكذلك جعلوا عارية
 الدراهم قرضها ولا يملك الا بالقبض كما لا يملك القرض الا بالقبض
 لان القرض تبرع فلا يتم الا بمعنى يتضم الى عقد قال واذا استعار
 رجل من رجل دابة على ان يذهب عليها حيث شاؤ لم يسم مكانا
 ولا وقتا ولا ما يحمل عليها فذلك جائز وله ان يحمل عليها ما شاؤ ويذهب
 بها حيث شاؤ من المصر وان يخرج بها عن المصر وله ان يعيرها غيره
 لما استعارها له الا ان يكون هو الذي يركبها او كان ثوبا فشرط ان
 يلبسه هو فليس له ان يركب غيره او لبس الثوب غيره وما كان غير
 هذين مما للمعير ان يفعله فله ان يعيره غيره وذلك لانه لما اطلق

العارية ولم يخص متفعة دون متفعة ولا مكان دون مكان ولا
راكبا دون راكب كان ذلك على العموم اذ لو اراد الخصوص لخص
واما اذا استعار الشيء على ان يستعمله بنفسه فهو على وجهين
كلما تختلف منافعه باختلاف المستوفي فليس له ان يعير وذلك
لان لبس الثوب يختلف باختلاف اللبس وركوب الدابة يختلف
بالراكب وجه وفي الركوب فاذا رضى المعير بلبس رجل او ركوبه
لم يكن ذلك رضا لغيره واما ما لا يختلف منافعه باختلاف المستو
مثل الدار يستعيرها ليسكنها فاعارها غيره فلا ضمان عليه لان
المنافع غير مختلفة فاذا رضى باستيفائها المستعير لها واستيفاء
غيره كاستيفائه فكانت اذن فيه قال وكلما كان للمعير ان يفعله
فكذلك للمستعير منه وما ليس له ان يفعله فكذلك للمستعير
منه لان المستعير انما يملك المنافع بالعارية فمقدار ما ملكه
يجوز ان يملكه غيره وما لم يملكه لا يجوز تمليك له قال وليس للمستعير
ان يواجر شيئا مما استعار مما يصح فيه الاجارة وان فعل فهو
ضامن حين يسلمه الى المستاجر ويكون المعير في ذلك بالخيار
ان شا من المستعير وان شا من المستاجر فابهما ضمن لم يرجع
على صاحبه وانما يجوز ان يواجر لما قد منا انه بالاجارة يقطع
الحق الثابت للمعير في الرجوع وهذا لا يجوز فان قيل هلا يجوز تم
اجارته وجعلتم حق المعير في الرجوع عذرا يفسخ به الاجارة

٢٧٤
فلا ينقطع حق المعير والجواب انا لو جوزنا الاجارة لصارت
من مقتضى عقد العارية فكان المعير اذن فيها فلا يجوز ان يفسخ
لحقه واذا لم يملك ان يواجر فسلم الى المستاجر فالسليم تغدي
من جهته فتعلق به الضمان والمستاجر ضامن لانه قبض العين
على وجه لا يجوز قبضها عليه فان ضمن المستعير لم يرجع على المستاجر
لان ملك العين بالضمان فكانه اجر ملك لنفسه من مالك
وان ضمن المستاجر لم يرجع على الموجد وهذا محمول على انه استاجر
ما يعلم انه عارية فلا يؤخذ من المستعير غروره والرجوع
انما يثبت بحكم الغرور فاما اذا لم يعلم فرجع عليه لانه قد غرر
باجاب عقد فيه بدل قال واذا استعار دابة للركوب او ثوبا
لللبس ولم يسم من يلبسه فاعاره غيره ليلبسه او اعاره لدابة غيره
ليركبها فلا ضمان على واحد منهما وذلك جازله غير محذور عليه لانه
ملك المنافع تمليكاً عاماً ولم يخص استيفائها بشخص دون شخص
فكان له ان يستوفيها بنفسه وبغيره قال ولو استعارها ليحمل
عليها شيئا ذكره وسماه فحمل عليها غيره فان كان مثله في الكيل والوزن
فالخف على الدابة فلا ضمان عليه وان كان أثقل من ذلك او حمله آخر
على الدابة ضمن اذا حمل عليه وذلك لان التغيين في العقود انما
يثبت حكمه اذا كان فيه فائدة واذا لم يكن فيه فائدة سقط ولم يثبت
حمله الا ترى انه لو قال اعرتك هذه الدابة لتحمل عليها قعيراً من طعام

زبد كان له ان يحمل عليها فقير من طعام عمر ولا نه لا فائدة في هكذا
التخصيص فسقط واذا ثبت هذا فمتى اعان الدابة ليحمل عليها فقير
حنطة فحمل عليها فقير شعير لم يضمن لان الطعام من الحنطة اثقل
وضرره اكثر وقد رضي رب الدابة بضرره وضرر الشعير اقل منه
فصار راضيا به فكان المستعير حمل عليها بعض فقير فلا يضمن فاما
اذا قال له احمل عليها مائة من قطن فحمل عليها مائة من حديد فهو مخالف
لان هذا التعيين فيه فائدة الاتري ان الحديد لا يخالف القطن من غير ما
فيه النقل ولكنه يجتمع في اخذ من ظهر الدابة موضع واحد والقطن
يتفرق في ظهرها فكان في هذا التعيين فائدة فثبت حكمه وضمن المخالفة
فيه قال واذا ارد المستعير العارية مع ابيه او ابنه او عبده او اجيره
او احد ممن في عياله فغطيت في الطريق فلا ضمان على المستعير ولا على
الرسول وهذا على ما بينا ان الانسان يحفظ الامانات بنفسه وعن
في عياله فاذا سلم اليهم لم يضمن قال وكذلك لو ردها الرسول او لكل
الي عبد صاحبها وهو عبده الذي يقوم عليها فهلك فلا ضمان عليه
وان رد الدابة الي منزل صاحبها الذي يكون فيه مربوطها على ربهها
فهلك بعد ذلك فلا ضمان عليه وهذا استحسان والقياس ان
يضمن لانها امانة فلا يبرأ منها الا بالرد الي مالكها كالوديعة
وانما تركوا القياس لان العادة جرت في رد العواري بهكذا
النوع الاتري ان من استعار دابة من امير لم يردّها الي يده

وانما يردّها الي اصطبله وتستعير الجيران الات البيت
ويلقونها في دار صاحبها فنزلوا القياس للعادة قال واذا
استعار الرجل دارا او ارضا علي ان يبني فيها او يغرس فيها
نحلا فاذن له في ذلك ثم بدا لصاحبها ان يخرجها فله ذلك في الحكم
ولا يضمن شيئا من الغرس ولا من البناء ياخذ صاحب الغرس
غرسه والثاني بناءه وقال مالك يضمن المعير قيمة الغرس
والبناء وانما جاز الرجوع لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة
ولان المنافع انما تملك حالا فحالا فاذا رجع المعير فيما لم يقبض
منها فله ذلك واذا بطلت العارية بالرجوع صار مشغلا للارض
ببنائه وغرسه فكان عليه قلعه منه وانما لم يضمن لانه لما لم
يوقت للعارية وقتا فلم يوجد منه غرور للمستعير وانما غر
المستعير نفسه حين بنا في ملك غيره مع علمه ان له حق الرجوع
فيه قال فان كان صاحب الارض وقت له وقتا في العارية عشرين
سنة او اكثر من ذلك او اقل فاخرجه قبل ذلك فله ذلك في الحكم
ويضمن صاحب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكون ذلك
لرب الارض والدار اذا ادي قيمته فان قال صاحب البناء والغرس
لا اضمنك ولكن انقض بناي واخذ غرسي فله ذلك وانما جاز له الرجوع
وان وقت لان مقتضى العارية الرجوع ولا يتغير ذلك بالتوقيت ولانه
وعده وعدا فلا يستحق عليه الوفاؤه واذا ثبت الرجوع لزوم المستعير

ازالة بنايه وغرسه لانه قد شغل ملك غيره بملكه فكان عليه ازالته
كالوفسخت العارية وهناك متاع موضوع وانما كان للمعير ان يضمن
البناء والغرس لانه غره بالتوقيت وهذا تابع للملكه وفي ازالته ضرر
عليه واما قوله ان المستعير ان يقطع ذلك ولا يضمن لهذا المحول علي انه
لا ضرر علي الارض في القلع فاما ان اضرها فالخيار لرب الارض لان ملكه
هو المذبح وانما رج المستعير بنقصان البناء والغرس علي المعير لانه
غره حين وقت انه وقتا ورجع قبله الا ترى ان الظاهر انه يعني بما
وعد فتعير المستعير بذلك فكذلك ضمن له قال فان اعان الارض
فبزرعها المستعير فلما قارب حصاده اراد ان يخرجها قال اما الزرع
فاني استحسن فيه اذا زرعتها ان لا يوجد منه الارض حتي تحصد
الزرع فاذا احصاه اخذ رب الارض اما القياس فلانه لما
رجع في العارية بطلت وصار المستعير مشغلا للارض بملكه
وماله فلزمه قلعه كالغرس وجه الاستحسان ان الزرع له غاية
ينتهي اليها فامكن ابقا الحقن من غير ضرر وهو ان ينتظر الزرع
الي ان يستحصد ويدفع الي المعير مثل اجر الارض فيوفي الحقن
وليس كذلك الغرس لانه لا غاية لقلعه فلو بقيناه بالاجرة او لي
استحقاق المنافع علي التاييد وفي هذا ضرر قال واذا استعار
دابة فركبها الي موضع ثم اختلفا فقال رب الدابة لم اذن لك ان
يبلغ هذا الموضع وقال المستعير قد اذنت لي واختلفا في الايام

٢٧٨
فقال امرته يوما او فيما يحل عليها فالقول قول رب الدابة في ذلك
كله مع عيئه والمستعير ضامن لان الاذن مستفاد من جهة
المالك فالقول قوله في مقدار ما اذن فيه ولهذا قال صلى الله عليه وسلم
اذا اختلف المتبايعان فالقول بما قال البايع قال وكل تصرف يتصرف المستعير
فيما استعمل فيه العارية فيما يوجب الضمان وادعي اذن المعير فيه لم
يصدق فيه اذا حجد ذلك للمعير وهو ضامن الا ان يقوم له بينة علي
الاذن لان سبب الضمان قد وجد فاذا ادعي الاذن للمسقط للضمان لم يقبل
قوله الا بينة **كتاب الدعوي والبيانات**
قال الشيخ الدعوي في اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق
علي غيره وهو فعل متعدي لا يوجد الا في مدعي عليه والمدعي اسم لفاعل
الدعوي كالضارب اسم للذي هو فاعل للضرب الا ان اطلاق الاسم يتناول
من ادعي شيئا لادلالة عليه الا ترى ان الحاكم اذا قامت البينة لم يقبل
للطالب انق مدعي ويقول له ذلك قبل اقامتها ويصح ان يقال مسيلة
مدعي النبوة لانه لا دلالة معه ولا يقال ان النبي صلى الله عليه وسلم مدعي النبوة
لان المعجزة لعل صدقه ومن اصحابنا من قال ان اختصاص الاسم بالخارج
يعلم شرعا فاما اللغة فالاسم يتناول كل مدعي وكان شيخنا ابو عبد الله
يقول اطلاق الاسم في اللغة يتناول من لا ظاهر معه والاصل ان
الاسامي مستعملة علي اصل اللغة غير منقولة عنها والدعوي علي
ضربين صحيحة وفاسدة فالصحيحة ما يلزم المطلوب حكما لو صحت

ويجوز للحاكم الحكم بها لجهالتها فاذا صحت الدعوى وجبت حقا على المطلوب
وهو حضور مجلس الحكم للجواب واليمين عند انكار والدعوى الفاسدة
لا تتعلق بها حكم ولا يسمعها الحاكم والدليل على ان الحضور يجب بالدعوى
قول الله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون
وهذا دم على الامتناع وروى عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه قال
جات امرأة الوليد بن عتبة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستعدي
على زوجها فاعداها فجات فقالت ابي ان يحي فاعطاها هدية من ثوبه
كصية العدو فيجات به ولان الحكم يحضرون الناس مجرد الدعوى
من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير واما الدعوى
الفاسدة فقد بينا انها تقيد لوجهين احدهما انه لا يلزم المطلوب
حكمها مثل ان يدعي عليه انه وكيله فلهذه الدعوى لو صحت كان المطلوب
ابطالها فلا معنى لمسلته عنها والثاني ان يدعي مجهولا فلا يسمع الحاكم
الدعوى لان البينة لا تقم ان تقوم عليه ولو نكل الخصم عن اليمين لم تجز
القضا عليه بشي فكذلك لم يكن يلزم حكمها ذكر ابو الحسن حديث ابن
ابي مليكة عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لو يعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء قوم واموالهم
ولكن اليمين على المدعي عليه وفي خبر اخر لكن البينة على المدعي واليمين على
المدعى عليه وهذا الخبر قد اشتمل على فوايد منها ان المدعي غير المدعى
عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يفرق بينهما واذا كان احدهما محكم

تختصه

٢٧٩
تختصه ولو كان كل واحد منهما مدعى لا يبتس ولا يغلبا فرد كل واحد
منهما باسم فالظاهر رزوال الاشتراك كسائر اسما الاشخاص وهذا
الخبر من اخبار الاحاد رواه ابن عباس وعمرو بن شعيب وغيرهما
الا انه في خبر التواتر لان الامة اتفقت على العمل بموجبه لاجله واذا ثبت
ان المدعي غير المدعى عليه احتجنا الى بيان كل واحد منهما وقد تكلم اصحابنا
في هذا فممنهم من قال المدعي من اليمين غير الظاهر واما المدعى عليه من يمينك
بالظاهر ومنهم من قال المدعي من اذا قسوك الخصومة لم يجبر عليها
والمدعى عليه من يجبر على الخصومة لو تركها وذكر ابو الحسن ان المدعي عند
الذي كلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم البينة هو من التمس بدعواه اخذ شي
من يد غيره او اثبات حق في ذمته والمدعى عليه من يتقي ذلك عن نفسه
وهذا ليس بخد عام لان صاحب اليد اذا قال في جواب الدعوى ابتعت
من الخارج لم يلتمس اخذ شي من يد غيره ولا اثبت حقا في ذمته وهو مدعي
ومن اصحابنا من قال المدعي من ادعي معنى جادنا وهذا ايضا ليس بعام لان
المتنازعين في الشي اذا ادعى كل واحد منهما ملكا مطلقا او ادعى ملك
الشي الاصل فليس مدعي للمدعى حدث وقال محمد في كتاب الدعوى والمدعى
عليه هو المنكر واعترض على هذا الحد فقليل من ادعى دارا في يد غيره فهو
منكر ان يكون لصاحب اليد وصاحب اليد منكر ان يكون له وهذا ليس
بصحيح لان الخارج لا يحتاج في صحة دعواه الى انكار وانما ذلك في مضمون
دعواه وصاحب اليد لا بد له من الانكار في صريح دعواه فان قيل المودع

اذا طول بالودعة فقال رددتها فليس منكرو وهو مدعا عليه قبله
هذا قد اعترف بالدعوى وهو الايداع ثم ادعى الرد فهو مدعي وانما
جعلت حجته في الشريعة بمينه ولهذا تقبل على الاثبات **فصل**
وقد دل هذا الخبر على احكام عقلية واحكام شرعية فاما العقلية منها
فان المدعي لا يستحق بدعواه والشرعي انه يستحق بالبيينة وان
القول قول المدعا عليه عني الا ان الوجوب اليه شرعي وقوله صلى الله عليه وسلم
البيينة على المدعي عام لان كل مدعي يثبت في حقه البيينة وقوله واليمين
على من المدعا عليه خاص لان اليمين لا يجب على من ادعى عليه حدا ولا فيما لا يصح
بدله عند ابي حنيفة ولا يجب على الامام والحاكم وامينه فيما يتعلق بالحكم
وقد دل الخبر على ان رد اليمين على المدعي لا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم
جعل جنس الابان في جنبه المدعا عليه ولانه اخرج مخرج التميز والتفصيل
فلا يتقل حكم احدهما الى الاخر لقوله الولد للفراش والعاهر الحجر وقوله
البكر تسام في نفسها والبنت تشاور وقد دل الخبر على ان بيينة صاحب
اليد لا تقبل لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل جنس البيينات في جنبه المدعي
فلا يبقى بيقينه تثبت في حق المدعا عليه وقد دل الخبر على ان القضاء بالشا
واليمين لا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل جنس الايمان في حق المدعا
عليه وجعل فصل الحكم متعلقا به اما بالبيينة واما باليمين
وذكر عن ابن ابي ليلى قال كتبت الى ابن عباس وكنت غلاما في امرين
كانا علي حذار لهما فجات احدهما تذكر ان صاحبتهما جابتهما ما شفي فتثبت

٢٨٥
يدها وليس لها بيينة فكتبت الى ابن عباس اسلمها البيينة فان لم يكن لها
بيينة فاستخلفها واقرأ عليها القرآن الذين يشتركون بعهد الله واياهم
ثمنا قليلا فانه بلغنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لو اعطينا الرجل بدعواه لاخذ
الرجل بدعواه لاخذ الرجل مال الرجل فاستخلفها فابت ان تخلف فالزمها
وهذا يدل على ان الحاكم يسأل المدعي عن البيينة قبل الاستخلاف ويدل على
وجوب اليمين في دعوى الجناية ويدل على وجوب القضاء بالكول لانه
قال فتكلفت فالزمها **فصل** وذكر عن قتادة في قوله
عز وجل واتيناه الحكمة وفصل الخطاب البيينة على المدعي واليمين على المدعا
عليه وهذا يدل على ان الاحكام التي ذكرها النبي صلى الله عليه وسلم في خبرين
عباس ثابتة في شريعة من قبلنا وقد صارت شريعة لنا بقول النبي
صلى الله عليه وسلم **فصل** قال ابو الحسن بعد ذكر المدعي فاذا كانت الدعوى
على حاضر يسأل الحاكم المدعي عليه عن ما ادعى عليه فان اقر به الزمه اقراره
وحكم عليه به وان جحد كلف المدعي البيينة على دعواه فان اقام عليها بيينة
فضليها وان لم يتم على دعواه بيينة استخلف المدعي عليه ان التمس المدعي
يمين المدعي عليه ولا يستخلف الحاكم المدعي عليه حتى يسأله المدعي استخلافه
فاما قبل ذلك فلا وقد بينا ان الدعوى الصحيحة تجت مسئلة المطلوب
عليها لان الغرض بالمنازعة معرفة ما يقوله ولان البيينة بينته مع
الانكار ويجوز ان يكون مقرا فلا تشع البيينة عليه ولانا اذا جوزنا ان
يقرفينقطع الخصومة وجب ان يبتدي لمسلته فان اقر الزمه القاضي

اقرار لقوله صلى الله عليه وسلم تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة يعني
شاهدا ولانه غير متهم على نفسه ومعني قوله الزم اقراره اي ياخذ
به وقوله وحكم عليه به فان ذلك يعف على طلب المدعي لانه حق
له الا ترى انه يجوز ان يعزلا لقاضي او يموت فيجحد الخصم فاذا حكم
واشهد على حكمه كان وثق لحكمه واما قوله فان جحد كلف المدعي
البينة فليس معناه انه يلزمه ذلك لان اقامة البينة من
حقوقه وهو موقوف على اختياره وانما يعني انه يسلم اليه بينة
ام لا وذلك لان من مذهب ابي حنيفة ان المطلوب لا يستحلف
اذا قال المدعي في بينة حاضرة وعلي قول ابي يوسف ومحمد اذا كان
الشهود في مجلس الحاكم لم يستحلف الخصم فكذلك يسأله الحاكم عن البينة
واما قوله فان اقام عليها بينة قضى له بها فلان الشهادة قد كشفت
عن صدق الدعوي فوجب الزم الخصم حكمها ولان البينة لا يتعلق
بها حكم حتي ينضم اليها القضا فكذلك حكم بها اذا التمس المدعي منه
ذلك واما قوله وان لم تقم بينة استحلف المدعي عليه للقاضي منضوب
لقطع الخصومة وذلك يكون باحد ثلثة معاني اما الاقرار او البينة
او اليمين وقد فات الاقرار فلم يبق الا اليمين ولا يستحلفه الا بمطالبة
المدعي لان الاستحلاف حوله فاستيفاءه يقف على مطالبة ولا نه
يجوز ان تختار ناخير اليمين لان يقدر على بينة فاذا استحلف الخصم
لم يامن ان يرفعه الي قاضي لا يري سماع البينة بعد اليمين فكذلك وقف

اليمين على مطالبة قال ولا يقبل الحاكم على الدعوي الشهادة
رجلين او رجل وامرأتين اعدوا في الولاية خاصة والعيوب
التي لا يطلع عليها الا النساء فانه يقبل عليها شهادة امرأة حرة مسلمة
عدلا وهذا ان الشهادة على مراتب فلا يقبل في الزنا اقل من اربعة لقوله تعالى
ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم وقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة
من نسائكم فاستشهدوا عليهن منكم وما سوى الزنا مما يوثق فيه الشبه
لا يثبت الا بشهادة رجلين لما روي عن الزهري انه قال مضت الستة من
رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا تقبل شهادة النساء
في الحدود ولا في القصاص ولان شهادة النساء قايمة بمقام شهادة الرجال
وما يسقط بالشبهة لا يثبت بما قام مقام الغير واما ما لا يسقط بالسنة
وجوز للرجال عليه الاطلاع فيثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين
لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فان قيل هذه الاية تدل
على قبول شهادة العدد المذكور ولا سعي غيره قلنا بل سعي قبول ما دونه
لان المقادير لا بد لتقديرها من فليدة فاما ان لا تجوز الزيادة عليها ولا
النقصان منها كالحدة والعدة ومنها ما لا تجوز الزيادة عليها وتجوز النقصان
منها كعدد المنكوحات ومنها ما يزداد عليه ولا ينقص منه كعدد السفر
وقد ثبت ان الزيادة على العدد المذكور في الشهادات مقبول فلو جاز
النقصان لبطلت فايده التقدير **فصل** واما ما لا يطالع
عليه الرجال مثل الولادة وعيوب الباطنة بالنساء فيقبل فيه عندنا

شهادة امرأة واحدة وقال مالك امرأتين وقال الشافعي أربعة لنا ما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة القابلة في الولادة ولان ما يقبل فيه
قولا للنساء منفردات الا بشرط فيه العدد كما خبار الاحادي في الاحكام
ولم يذكرنا صحابنا شهادة الرجال على الولادة هل يعتبر فيها العدد ام لا والصحيح
ان الرجل اذا شهد بالولادة وقال فاجرتها او حضرتها الا لضرورة عدم النساء
قبلت شهادته وحله لانه اذا اجاز قبول شهادة امرأة واحدة فلان تقبل
قول رجل واحد وهو اكد اولى به **فصل** واما اعتبار العدالة
فلقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ولان الفاسق يعلم ان الفسق حرام
ويقدم عليه فلا يؤمن ان يقدم على شهادة الزور فصار منهما في شهادته
فصل فاما اعتبار الحرية فشهادة العبد والمدير والمكاتب
وام الولد لا تقبل عندنا قال محمد بن مسلمة كان يحيى بن اكرم اعلم الناس باختلاف
الناس في زمانه وكان اذا قال في مسألة لا خلاف فيها ترك اهل العراق على
قوله وسمعتة قال لا خلاف ان شهادة العبد لا تقبل وقد دل على ذلك
اجماع الصحابة لان عليا رضي الله عنه كان يقول في المكاتب يعتق بقدر
ما ادى من كتابته وكان زيد بن ثابت يقول لا يعتق ما لم يود جميع كتابته
فقال زيد لعلي اريت لو شهدا تجيز شهادته قال لا وروي عن عمر انه كان
يقول اذا شهد العبد فردت شهادته ثم عتق فشهد بتلك الشهادة جا
شهادته وقال عثمان لا تقبل شهادته فقد اتفقنا اننا لا نقبل في حال
الرق وعن ابن عباس رضي الله عنهما ان شهادة العبد لا تقبل ولان الله

٢٨٢
تعالى قال ولا ياب الشهاد اذا ماد عوا والعبد لا يقدر على اتيان الحاكم اذا
دعاه فدل ان لم يدخل تحت الالية ولانه قول يودي الى اجاب لضمان عليه
الا ترى انه اذا رجع عن الشهادة ضمن وهذا المعنى لا يصح في العبد كالكفالة
فاما العبد المعتق بعينه فعندنا في حنيضة انه مكاتب فلا تقبل شهادته
وعلى قولها انه حر عليه دين فتقبل شهادته كسائر الاحرار **فصل**
قال ويقبل لقاضي شهادة اهل الدمة بعضهم على بعض اذا كانوا عدولا
في دينهم وان اختلفت مللهم وهو قول شريح والشعبي وعمر بن عبد العزيز
وبن شهاب ويحيى بن سعيد قال الليث خالف مالك فلمتته في رد شهادة
النصارى بعضهم على بعض كان ابن شهاب ويحيى بن سعيد وربيعه
يجوزونها قال الطحاوي قال ابن ابي عمير سمعت يحيى بن اكرم يقول ما وجدته
عن احد من المتقدمين ان شهادة النصارى بعضهم على بعض لا تقبل الا بربعة
فاني وجدت عندهم رايتين فقال مالك الشافعي لا يجوز لنا ما روي جابر ان
النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة اربعة من اليهود على اليهوديين في الزنا
ورجمهما ولا يقال روي انهما اقرالا لانه لا يمتنع ان يكونا اقرابا بعد الشها
عليهما الا ترى ان الاقرار لو سبق لم تجز ان تسع الشهادة ولان من جاز
ان تثبت له الولاية على غيره جاز ان تقبل شهادته عليه كالمسلمين ولانه
عدل في دينه فجاز ان تقبل شهادته كالمسلم **فصل** واما اذا
اختلفت مللهم فعندنا تقبل شهادة بعضهم على بعض وقال ابن ابي
لا تقبل لنا ان من جاز ان تقبل شهادته على اهل دينه جاز ان تقبل على

غيرهم كالمسلمين **فصل** قال والكفر عند اصحابنا
 ملة واحدة ماداموا في حكم دار واحدة فان اختلفت دورهم في
 احكامهم لم يجوز شهادتهم اهل دار على اخرين من غير اهل دارهم
 وذلك لقوله تعالى لكم دينكم ولي دين فجعل لنا ديننا ولكفار ديننا وقال
 عليه الصلاة والسلام نحن خير وجميع الناس خير ولا نجمعهم اعتقا
 واحد يقرون عليها فصاروا كالمسلمين ولا يقال ان احكامهم مختلفة
 لانه يجوز للمسلم ان يتزوج بالكافية ولا يجوز ان يتزوج بالمجوسية
 لان هذا الاختلاف فيما بيننا وبينهم وكلامنا في احكامهم فيما بينهم
 فلما اذا اختلفت الدور فقد قالوا ان شهادة المستامن لا تقبل
 على الذي وتقبل شهادة الذي على المستامن لان اختلاف الدارين
 يقطع العصمة والولاية كما ينقطع باختلاف الملتين فكما تقبل شهادة
 المسلم على الكافر ولا تقبل شهادة الكافر على المسلم كذلك تقبل شهادة
 اهل دارنا عليهم ولا تقبل شهادتهم على اهل دارنا **فصل**
 قال والمسلمون عندنا عدول في شهادتهم يجوزون على ذلك وتمضي
 شهادتهم الا من ظهرت منه ريبة عند ابي حنيفة الا ان يطعن المشهود
 عليه في الشاهدين فيوقف الامر حتى يسأل عنهم فان زكوا حكم بشهادتهم
 واظهر تركبتهم فان جرحوا اوقف الشهادة ولم تمضها ولم يكشف عن حال
 الشهود ما خلا الحدود فانه لا يحكم بشهادة الشهود بها حتى يسأل
 عنهم اما جواز الحكم بظاهر العدالة فهو قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف

٢٨٢
 ومحمد لا تقبل شهادتهم حتى يسأل القاضي عن عدالة الباطن وهو قول
 الشافعي وكان ابو بكر الرازي يقول لا خلاف في هذه المسئلة في الحقيقة
 لازبا حنيفة انما اجاب على اهل زمانه وكان الغالب عليهم العدالة
 وقد زكاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله خير القرون قرني الذي بعثت
 فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفتشوا الكذب واجاب ابو يوسف
 ومحمد في اهل عصرهما وقد تغير الناس وكثر الفساد فلو شاهد ذلك
 ابو حنيفة لقال مثل قولها واما وجه قول ابي حنيفة على ظاهر الروا
 ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة الاعرابي على روية الهلال
 لما اظهر الاسلام ولم يسأل عن باطن عدالة لان الظاهر ان الانسان
 يبلغ وهو غير مرتكب المعصية فيحصل له عدالة الاسلام فيجب الحكم
 بها الا ان يظهر ما ينافيها كمن عدله الحاكم لما ثبت له عدالة لم تجب
 المسئلة عنه في الثاني ولان الاية لم يسألوا عن الشهود واول من سأل
 عن ذلك بن شبرمة فدل من افعالهم على اعتبار عدالة الاسلام وجه
 قولها ان الشاهد يجوز ان يكون عدلا في الباطن ويجوز ان يكون فاسقا
 فوجب اعتبار حاله حتى لا يحكم بقوله من لا يجوز الحكم بقوله ولان الواجب
 الحكم بشهادة العدل فوجب الاحتياط عن حصول هذه الصفة كالشهادة
 بالحد واما اذا طعن الخصم فقد ادعي معنا حدا فصار المسئلة حقا
 له بدعواه وان لم يكن حقا قبلها كالا حصان والاستحلاف فان قيل
 اذا كانت العدالة حاصلة بالاسلام فيجب ان لا يسأل عنه وان طعن

الخصم فيمن عدله الحاكم ثم طعن الخصم فيه والجواب ان التعديل اذا كان متقدرا
 فيجب ان يسأل لان العدالة قد تتغير وقد قال محمد بن القاسم يجب عليه
 ان ينظر في عدالة الشهود كل ستة اشهر وان كان التعديل قريبا فلا
 معنى للمسئلة وقد عرف القاضي حكمها **فصل** واما في الحدود
 فلانه قد اعتبر فيها من الاحتياط ما لم يعتبر في غيرها ولهذا لا يقبل
 فيها شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة فجاز ان يؤكد ايضا
 بعدالة الباطن ولان المسئلة في ذلك اجماع لان للقاتل احد قاتلين
 اما من قال تجب المسئلة في كل شيء وفي الحدود او من قال تجب في الحدود
 خاصة ومن اصحابنا من قال ان المشهود عليه في الحدود وجرح الشهود
 بقوله لم ازن فكانه قال كذبوا فصار كالشهادة بالمال اذا طعن الخصم
 في الشهود ولا يقال كذلك في الاموال لانه جحد المطلوب في المال
 ليس تكذيب لجواز ان يشهد وايدى صحيح ويكون الطالب قد اتقني
 او ابرأ ويجوز ان يشهد الشاهد بخصب في الظاهر فيقول المطلوب
 ما غصبت لان العين كانت ودعة له في الباطن اذ كان له عليه دين
 فلم يكن في الجحد جرح **فصل** واما قوله فان زكوا حكم بشهادتهم
 وظهر تركيبتهم فلان القاضي اذا اذكا الشهود في الباطن اظهر التركيبة
 لجواز ان يكون عند بعض الناس جرح لم يظهر اختيار الاسترقاذا
 علم ان الحكم يتقدم بقوله اظهره الحاكم فهذا فائدة اظهار التعديل واما اذا
 جرح الشاهد واقف شهادته لانه لا يجوز الحكم بقوله مع عدم العدالة

٢٨٩
 ولا يظهر ذلك لانا قد امرنا بسائر المسلمين وارلا فضلك عوراتهم فلم
 يجوز اظهار جرحهم **فصل** واما الحرية والاسلام فلم يبين
 حالها وقد كان بعض شيوخنا يقول انه يرجع في الحرية والاسلام الي
 ظاهره لا الى باطنه يرجع الي المسئلة فيهما لان ظاهر الدار يقتضي الاسلام
 والحرية كما يقتضي ظاهر الاسلام العدالة ولا يقال ان الاعرابي لما شهد
 عند النبي صلى الله عليه وسلم بروية الهلال قال له اتشهد ان لا اله الا
 الله واني رسول الله فدل انه لا يرجع في الاسلام الى الظاهر وذلك لان
 الاعرابي لم يكن من اهل المدينة فيثبت له حكم الدار ولم تكن البوادي
 كلها دار الاسلام **باب** **اختلاف**
الدعوى والشهادة عليها قال ابو الحسن واذا كانت الدار
 في يد رجل او العبد او الثوب او مال من الاموال كائنا ما كانت
 فادعى رجل ليس في يده وادعاه الذي هو في يده فان القول قول
 الذي ذلك الشيء في يده وعلى الاخر البينة على ما قدمت في صدر الكتاب
 فان اقام الذي ليس في يده ذلك الشيء انه له واقام الذي هو في يده ايضا
 ان ذلك الشيء له فالبينة بينة الذي ليس في يده لانه المدعي فاذا لم يكن له
 بينة فعلى الذي في يده اليمين لانه المدعى عليه الى اخر الفصل وجملة هذا
 الفصل ان الخارج هو المدعي لانه يدعي خلافا لظاهره وقد قال عليه
 الصلاة والسلام وعلى المدعى عليه اليمين واما بينة صاحب اليد
 على الملك المطلق فلا تقبل عندنا وقال الشافعي اذا اقام صاحب اليد

بيعة كانت اولى من بيعة الخارج لنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل حبس
 البيعة في حق المدعي وقد بينا ان الخارج هو المدعي فلم يبق بيعة تثبت في
 حق غيره ولانه اقام البيعة على ما يشهد له ظاهره فلم يقبل كما لو اقامها
 ابتداء ولا نبيه قد دلت على الملك والشهود انما يرجعون في الشهادة
 الى هذا الظاهر وقد عرف القاضي هذا ولم يعارض به بيعة الخارج فذلك
 الشهادة المتصدرة عنه ولا يلزم البيعة بالتاريخ لان الظاهر لا يدل
 على تقدم الملك وقد اقام البيعة على ما لا يدل عليه ظاهره وكذلك اقام
 للبيعة على النتاج وعلى الشري من الخارج ولا يلزم اذا اقام المدعي بيعة
 ان هذا عبده واقام هو بيعة على الحرية لان الشهود لا يرجعون في الشهادة
 بالحرية الى ظاهر الدار ولا يقال ان البيعة جعلت على الخارج لضعف سببه
 فاذا اقام البيعة فصاحب اليد اضعف سببا فقبلت بيعة لان القاتل
 اذا قضى ببيعة الخارج فيقضاهما **فصل** قال فان وقت
 البيعتان وقتا والبيعتان متساويتان واحدهما اقدم من
 الاخر او وقت احدهما ولم يوقت الاخر حكم لصاحب الوقت
 الاول ايها كان عند ابي حنيفة وابي يوسف وحكي ابن سماعه
 عن محمد انه كان يقول بهذا ثم رجع عنه بعد رجوعه من الرقة
 سنة ثلث وثمانين وما به وقال لا يقبل من الذي في يده بيعة على وقت
 ولا غير وذكر محمد هذه المسئلة في الرعي فقال عند ابي حنيفة
 يقضاهما لصاحب اليد وكان قول ابو يوسف الاول انه يقضاهما

٢٨٥
 للخارج ثم رجع فقال يقضاهما لصاحب اليد وهو قول محمد فمن اصحابنا
 من قال بقوله وهو قول محمد يعني قوله الاول ورواية بن سماعه بالرجوع
 يبطل هذا التاويل وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف ان صاحب اليد
 اقام البيعة انه اول للمالكين وان الشيء في المدة لا يستحق الامن جهته
 فلم تقبل بيعة الخارج على استحقاق في المدة من غير جهته كما لو اقام
 صاحب اليد البيعة على النتاج ولانه اقام البيعة على ما لا يدل عليه
 ظاهره وهو جهة استحقاق فصار كما لو اقام البيعة انه ابتاع من
 الخارج وجه قول محمد ان التاريخ ليس بحجة للملك فصار كاقامة البيعة
 على الملك المطلق **فصل** وعلى هذا لو كانت الدار في
 ايديهما كان صاحب الوقت الاول ادي عند ابي حنيفة وابي يوسف
 وقال محمد لا عبرة للوقت فكانما اقاما البيعة على الملك فيكون بينهما
فصل وان كانت الدار في يد ثالث فاقام الخارجان
 كل واحد منهما بيعة على ملك يورخ وصاحب التاريخ المتقدم
 اولى في قولهم لان احدهما اقام البيعة على تقدم الملك وبيئته بالملك
 المطلق مسموعة فيجوز ان يرجح بالتاريخ **فصل** واما اذا
 تساوي الوقتان فبيعة الخارج اولى في قولهم وذلك لان التاريخ لا يدل
 على سبق احد المالكين فصار كما لو اقاما البيعة من غير تاريخ وان كان
 الشيء في يد ثالث فاقام الخارجان ووقتا وقتا واحدا فالشيء بينهما
 لان التاريخ لما لم يدل على تقدم احد المالكين فكانما اقاما البيعة على

ملك مطلق فيكون بينهما **فصل** فاما اذا وقت احدهما ولم يوقت الاخر
فالبينة بينة الخارج عند ابي حنيفة ومحمد وروي بشر عن ابي يوسف
في الاملا ان البينة بينة الذي وقتها كان قول ابي حنيفة وابي يوسف
وروي بن سماعة عن محمد في ملايه ان الذي في يده اذا وقته ببينة ولم
يوقت الخارج قال ابو حنيفة اقضيها للمدعي وقال ابو يوسف الذي
وقت اولي به فانفق بشر وابن سماعة في قول ابي يوسف واختلغا في
قول ابي حنيفة وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان تاريخ صاحب البينة
لا يدل على تقدم ملكه لجواز ان يكون الخارج لو وقت بشهوده فان ملكه
ا قدم واذا لم يدل التاريخ على تقدم الملك سقطا فكانت بيته ^{الحاكم} اولي
وجه قول ابي يوسف ان بيته صاحب اليد قد دلت على تقدم
الملك فكانت اولي من الملك المطلق كما لم يعين للتشري من واحد
ومع احدهما تاريخ والجواب ان الشري معنى جاد فاذ لم يورخ
حكمنا بوقوعه في الحال فكان المتقدم اولي منه والملك ليس بمعنى
حادث فنجوز ان يكون ملك الاصل فلا حكم بوقوعه في الحال
فصل وعلى هذا اذا كان الشيء في ايديهما فاقام احدهما
بينة على ملكه منذ سنة واقام الاخر ^{علي} ملك مطلق سقط
التاريخ عند ابي حنيفة وكان الملك بينهما وقال ابو يوسف الذي
وقت اولي والوجه فيه ما قدمنا **فصل** واما اذا كانت
الدار في يد ثالث فادعاهما خا رجاء واقاما بينة ووقعت احدهما

٢٨٢
فما سوا عند ابي حنيفة وقال ابي يوسف الذي وقت وقال محمد الذي
اطلق اولي ووجه قول ابي حنيفة ان التاريخ لما يدل على تقدم الملك
سقط وكانها اقاما البينة على ملك مطلق وجه قول ابي يوسف
ان صاحب التاريخ اثبت ملكا متقدما فكان اولي كالمشتريين وجه
قول محمد ان البينة بالملك المطلق تدل على ملك الاصل بدلالة ان من
اقام البينة على ملك مطلق في جارية استحق اولادها وملك
الاصل اولي من التاريخ وقد الرنه ابو الحسن على هذا ان تنساق
بينة الملك المطلق والبينة بالتنازع والذمة واذا اقام الخارج
البينة ان العبد له واقام العبد البينة ان صاحب اليد اعتقه ان يكون
الخارج اولي لانه اثبت ملك الاصل وقد قالوا ان بيته العتق اولي
باب **الشيء يكون في يد رجل**
فيد عليه خا رجاء قال ابو الحسن اذا كانت الدار في يد
رجل فاقام رجل البينة انها له واقام اخر انها له ومما خا رجاء جميعا
فالدار بينهما نصفين في قول اصحابنا جميعا وقال مالك احكم باعدل
البينتين وقال الاوزاعي احكم بازيد مما عدا وقال لشافعي يقرع
بينهما وفي قول اخر بينهما البينتان لنا ما روي الثوري عن سماك بن
حرب عن ميمون بن طرفة ان رجلا اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
في ناقة واقام كل واحد منهما البينة انها له فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
بها بينهما نصفان وعن عمر ان رجلا تنازعا في ولد فقضا به بينهما وعن

ابن الدرداء ان رجلين اختصما اليه في ارض واقام كل واحد منهما البيعة انهما ففرضا بالارض
بينهما نصفان وقال لو كان لنا سلسلة كسلسلة بني اسرائيل لعرفنا الحق منهما
وهذا خضرة الصحابة من غير تكبر ولانها تساوي في سبب الاستحقاق فيها
تصح قسمته فوجب ان يكون بينهما كما لو اقام كل واحد منهما البيعة ان الميت
اوصى له بالثلث ولا معنى للترجيح بالعدد والاعدل لان ذلك يبطل البيعتين
على الوصية وعلى النسب من الميت واما الذي روي عن سعيد بن المسيب ان
رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء فاقام كل واحد منهما البيعة
عنده عدولا فافترع بينهما وقال اللهم انت تقضي بينهما فان هذا كان في يده و
الاسلام ثم نسخت القرعة لما حرم القمار وتعليل الاستحقاق بالاخطار
الا ترى انه روي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه ان ثلاثة تنازعوا
اليه في الشئ على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد فافترع بينهم ثم
روي ان اثنين تنازعا اليه في ولد بعد النبي صلى الله عليه وسلم ففرضا
به بينهما ولم يفرع فدل على انه عرف النسخ ولانه يجوز ان يكونا تنازعا
في فسهة كل واحد اقام البيعة على شئ يعينه انه له فلما تنازعا رصت
البيعتان اعاد القرعة بحكم القسمة لما بطل التعيين **فصل**
قال فان وقتت كل واحد من البيعتين وقتا فتساوي الوقتان فهي
ايضا بينهما وان اختلفا لوقت كان صاحب الوقت الاول اولى بها
بالحكم روي هذا ابن سماعه عن محمد بن املويه عن ابي حنيفة وقد
بيناه في الباب الاول **فصل** قال وان اقام احدهما على

وقت ولم يشهد بيعة الاخر على وقت فان محمدا روي عن ابي حنيفة انه قال اقضي
بها بينهما نصين وقال ابو يوسف اقضي بها لصاحب الوقت وهي رواية بشر
عن ابي يوسف حسب ولا يكون واحد احق من صاحبه في قولهم جميعا وقال محمد
اقضي بها للذي لم يوقت شهوده وقتا روي هذا ابن سماعه عن محمد بن املويه
بعد رجوعه من الرقة وروي هشام عن محمد بن املويه في هذه المسئلة اذا وقت احد
المدعين ولم يوقت الاخر انه قال لا احفظ عن ابي حنيفة في هذا شيا وقال
ابو يوسف هي كلها لصاحب الوقت وقد بيناه هذا الفصل ايضا **ب**
اختلاف في دعوي الميراث
قال ابو الحسن واذا كانت الدار والعبد او غير ذلك من ساير الاموال
في يد رجل فادعي الذي في يده ذلك الشئ انه له واقام شاهدين ان اياه مات
وتركها ميراثا له فاقام خارج البيعة ان اياه مات وتركها ميراثا له
ولم توقت البيعتان وقتا فالدار للذي ليست في يده في قول اصحابنا
جميعا وذلك لان كل واحد منهما ان جعلناه كالمست لملك الميت فكان
المبتدي حضرا واقام كل واحد منهما بيعة على ملك مطلق فيكون
للخارج اولى ان جعلنا كل واحد منهما مثبت الملك نفسه فقد اقاما البيعة
على ملك مطلق فالخارج اولى **فصل** قال وان وقتا وقتين احدهما
قبل الاخر فهي لصاحب الاول في قول ابي حنيفة وابي يوسف وفي قول
محمد الاخر الذي رواه ابن سماعه عنه في املايه يحكم بها للخارج ولا يقبل
من الذي في يده بيعة على ما في يده على وجه الافتتاح وما كان في معناه

خاصة وجه قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاخران صاحب التاريخ
 اقام البيعة انه اول المالكين وان الملك لا يستحق في المدة الامن جهته
 والاخر اقام البيعة على استحقاق الملك في المدة من غير جهته فلم يقبل
 وجه قول محمد بن صاحب اليد اقام البيعة على الملك من غير جهة فصار كالملك
 المطلق **فصل** قال فان تساوي الوقتان فهي للخارج في قولهم
 وذلك لان التاريخ لما يدل على تقدم ملكا احدهما صار كالمدعيين
 من غير تاريخ ولا نكل واحد منهما قام مقام الميت وكان الميتين حضرا
 واقاما بيعة على ملك مطلق فالخارج اولى **فصل** قال وازاد
 رجلان شيئا في يد غيرهما واقام احدهما البيعة ان ذلك الشيء له مات
 ابوهم وتركه له ميراثا واقام الاخر بيعة على مثل ذلك ولم يوقتاهم
 بينهما نصفان في قولهم لانها تساوي في سبب الاستحقاق فيما يصح
 قسمته فتساوي في نفس الاستحقاق على ما قدمنا **فصل**
 فان وقتت البيعتان وقتين متساويين فدل الشيء بينهما نصفين لان
 الوقت لا يدل على تقدم احدا للملكين فسقط التاريخان فكان الشهود
 اطلقوا **فصل** قال وان كان وقت احدهما قبل وقت الاخر
 حكم بذلك الشيء لصاحب الوقت الاول في قول أبي حنيفة وأبي يوسف
 وقال محمد في الميراث ذلك كله سوا وهو بينهما نصفان هذا في رواية
 أبي سليمان ولا يذكر في رواية أبي حفص قول أبي حنيفة قال هتأمت في
 نواده سالت محمد بن عن رجلين ادعيا دارا في يد رجل واقام احدهما

البيعة ان هذه الدار دار فلان مات منذ سنة وتركها ميراثا واقام
 الاخر البيعة ان فلان الاخر مات منذ سنتين وتركها ميراثا قال هي
 بينهما نصفان قلت لم وقد وقتوا ذلك قال لم يوقتوا متى كانت الميت
 قلت فان ارخا ملك الميتين قال هي لصاحب التاريخ الاول وجه
 قولها ان صاحب التاريخ اقام البيعة انه اول المالكين وان الملك في
 المدة لا يستحق الامن جهته فصار كأنهما اقاما البيعة على ملك مطلق
 ولان الوارث خلف الميت في ملكه ويقوم مقامه فصار تاريخ ملك
 الوارثين كما تاريخ تلك البيعتين فيكون السابق منهما اولى وكان ابو بكر
 الرازي يقول في الشري من اثنين انه لصاحب الوقت الاول في قولهم
 ويفرق محمد بينه وبين الميراث لان المشتري يثبت الملك لنفسه
 ولا يقوم مقام بايعه في الملك الا ان محمدا قد ذكر في الاملا اذا قام
 كل واحد من الخارجين البيعة على الشري من اخر وارخا ان التاريخ
 لا يقبل الا ان يورخا ملك البايعين وسوي بينه وبين الميراث
 لان ملك المشتري لا يسلم له الا بسلامة ملك بايعه فصار حكم الوكيل
 للبايع وجه قول محمد ان كل من واحد من الوارثين انما يثبت الملك للميت
 بدلالة ان ديونه تقضاه منه ولا يملك لا يسلم له الا بعد ثبوت ملك
 الميت فكان الميتين حضرا واثبتنا ملكهما من غير تاريخ فيكون الشيء
 بينهما **باب شهادة الشهود**
باب قال ابو الحسن واذا كانت الدار في يدي رجل فاقام خارج البيعة

ان الدار له مندستين واقام الذي في يد الدار البينة انه في يد مند
ثلاث سنيين فان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة ان الدار الذي في يد
وروى ذلك عن ابي يوسف عنه وعلى وبشر بن الوليد وهشام وقال في
الاصل اقضى بها المدعي ولم يحك خلافا لان شهود الذي في يد لم يشهدوا
انها له ولم يصف هذا القول الى احد وانما اهم الرواية وقالوا جميعا
عن ابي يوسف انها للذي اقام البينة على الملك وهو الخارج والصحيح
ما في الاصل لان البينة على اليد لا تقارض بينة الملك الا ترى ان اليد تجوز
ان تكون كيد ملك وتجوز ان تكون غيرها ولهذا لم يذكر التاريخ كان
الملك المطلق اولى باتفاق ووجه الرواية الاخرى ان صاحب اليد اثبت
اليدين في زمان لم يمارعه المدعي فيه وهو السنة الاولى فاثبت لنفسه
بذلك حقا والمدعي اقام بينة على حدوث ملك بعد ثبوت هذه اليد
لا من جهة صاحب اليد ولا من جهة مستحق عليه فلا تقبل بينته
مسألة قالوا اذا كانت دار في يد رجل فادعاه رجل
وجعل الذي في يد الدار فاقام المدعي بينة انها كانت في يد امس فانه
لا يقضاه هذه البينة التي شهدت انها كانت في يد امس وحكى ابو بكر
الرازي عن ابي يوسف انه يقضاه هذه البينة ويدفع الدار الى المدعي
وجه قولهم ان المشهور ان يد المدعي عليه مشاهدة في الحال وشهادة الشهود
بيد كانت قد علمنا زوالها اكد من قولهم كانت لم تقبل شهادتهم فعلمنا ان
ذلك اولى وعلى هذا قال اصحابنا لو شهدوا انها كانت لابنه لم تقبل لانهم

شهدوا

٢٨٩
شهدوا بملك كان قد علمنا زواله فلم يكن استصحابه مع وجود ما ينافيه
وليس هذا كما قرر صاحب اليد انها كانت في يد الخارج امس وشهادة
الشهود على اقرار بذلك لان الاقرار يثبت حكمه بنفسه ويلزم المقر
فوجود ما ينافيه في الحال لا يمنع من لزومه واما الشهادة فلا يتعلق
بها استحقاق الاحكام الحاكم فاذا اجازت للشهادة والحاكم لا يجوز ان
ليستصحب اليد مع وجود ما ينافيها وجه قول ابي يوسف ان اليد
سبب للاستحقاق مثل الملك فاذا اجازت الشهادة بملك كان فكذلك
بيد كانت والجواب ان الملك المتقدم لا يعلم حدوث ما ينافيه فجاز ان
ليستصحبه فاليد قد علمنا وجود ما ينافيها فلم يجز استصحابها وصار
نظير الشهادة باليد الشهادة بملك كان للميت **فصل**
قال ولو كان الخارج اقام بينة انها كانت في يد امس اخذها منه او غصبه
اياها او اودعه اياها او اعانه او اسكنه فيها او اجره او انها وصلت
اليه من يد حكم بها الخارج وذلك لانهم شهدوا بيد كانت مع جهة
زوالها فوجب ان يحكم بوجوب اعادتها لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد
ما اخذت حتى ترد وعلى هذا قالوا اذا شهدوا ان هذه الدار كانت في
يد فلان الى ان مات قضى بها لورثته لانهم شهدوا باليد مع جهة
انتقال الملك فجاز الحكم بها **فصل** وقد ذكر محمد في الدعوي
في رجلين يتنازعان دارا كل واحد منهما يدعي انها له وفي يده قال فغلي
كل واحد منهما البينة وعلى كل واحد منهما اليمين لان كل واحد منهما

معتزف بوجود الخصومة عليه فما ادعى اليد فان اقام احدهما بينة انها في
يده مثبت له اليد وصار هو المدعى عليه والاخر مدعي وان قامت لكل
واحد منهما بينة انها في يده جعل القاضي الدار في ايديهما لانها تساويا
في اثبات اليد فصارا كالموتساويا في اثبات الملك وقد كان اصحابنا يقولون
ان المدعي اذا قال هذه الدار ملكي في يدي لم تسمع دعواه لانه لا حوله على
الخصم اذا كان ملكه في يده الا ان هذه المسألة اعترف خصمه انها في يده
فجاز ان تسمع بينته عليه لاعترافه بلزوم الخصومة وقد ذكر الخصاف عن
اصحابنا ان رجلا لو اقام البينة على رجل ان في يده الدار التي جدها كذا
وانها لم تقبل بينة المدعي ما لم يشهد الشهود ان الدار في يده ثم يقيم
المدعي البينة انها له لانه لا يوم من ان يتفقا على دار في يد غيرهما فتسمع
البينة من غير خصم فعلى ما قاله الخصاف يجب ان لا تسمع البينة في
مسئلة الدعوي الا ان تحمل مسئلة الخصاف على ان الخصم منكر لليد ومسئلة
الدعوي كل واحد من الخصمين اعترف باليد ومن اصحابنا من يحمل مسئلة
الدعوي على انها اقاما البينة على اليد ثم اقام احدهما البينة على الملك
فهذا لم تقبل بينته فاما اذا وضع المسئلة انهما يقيما بينة على اليد حتى
اقام احدهما بينة على الملك فان القاضي يجب ان يقضي له في حق صاحبه
خاصة ولا يقضي في حق غيره حتى لو وجدت الدار في يد ثالث لم تتزع من
يده لانه يجوز ان تكون الدار في يد غيرهما فاحتالا في ذلك لتسمع البينة
فهذا سمعت البينة في حق الخصم الحاضر خاصة دون غيره واما اذا لم

٢٩
يكن لو احدهما بينة حلف كل واحد منهما فان حلفا جميعا اعرض القاضي
عنهما ولا يقضي لواحد منهما باليد لانه لم يثبت لواحد منهما شي فان نكلا
جميعا قضى باليد لهما في حقهما خاصة وان حلف احدهما ونكل الاخر قضى للذي
حلف على صاحبه خاصة ومنع صاحبه عن خصومته حتى لو وجدت الدار
في يد ثالث لم تنزع من يده **باب**
الدعوي في الشري قال ابو الحسن واذا كانت الدار
في يد رجل والارض والدابة او غير ذلك فادعى رجل انه اشتراها منه
بالف درهم ونقد الثمن وادعى اخر انه اشتراها منه بالف درهم ونقد
الثمن ولم يوقت واحدة من البينتين وقتا فان ابا حنيفة رضي الله عنه
قال كل واحد من الشريكين بالخيار ان شا اخذ نصفها بنصف الثمن الذي
سمي شهوده ورجع على الباي بنصفه وان اختار انقص البيع فهو مرد
وان اختار احدهما البيع واختار الاخر النقص فان للذي اختار البيع
نصف المبيع بنصف الثمن ولا يكون له كله انما وقع الخيار من الحاكم فقد
نقص نصف البيع فيما اشترى كل واحد منهما قال في الاصل في هذا ان
البينتين اذا تعارضتا في الشري من واحد وليس هناك قبض ولا تاريخ
ففي المسئلة احكام احدهما ان الشيء بينهما لانها لا يحتاجان الي اثبات ملك
بأنفسهما وانما يحتاج الي اثبات ملكهما وكل واحد من العقدين
معنى حادث وكل امرين حادثين لا يعلم تاريخ ما بينهما يحكم بوقوعهما
معاً كالقذف واذا حكمتا بوقوعهما معا تساويا ولا نهما تساويا في سب

الاستحقاق على وجه لا يبين كذب البينتين والشئ مما يصح فيه التمسك
فصار كاقامة البينة على النسب والوصية ولا يقال لنا قد بينا كذب احد
الفرقتين لاستحالة ان يصح البيع من كل واحد منهما لان الشهود لا يشهدون
بصححة البيع وانما يشهدون بالبيع وليس عمتنع ان يشاهد كل فريق
سبع من واحد ويكون قد وكل لواحد بالبيع والاخر بالبيع فباع الوكيلان
معاً كل واحد منهما فلانه دخل في العقد ليس له البيع من غير شركة
والان لا يسلم له الامع الشركة وهي عيب فان شا الرنه وان شاردته فان
اختارا اخذه رجع كل واحد منهما على البايع بنصف الثمن لان نصف
المبيع استحقته كل واحد على الاخر وسلامة الثمن موقوفة على سلامة
وان اختارا الرد رجع كل واحد جميع الثمن لان البيع انفسح بينهما في حقهما
فوجب لكل منهما الثمن فان اختارا احدهما الرد والاخر الاخذ وذلك
بعد تخيير الحاكم فليس له ان ياخذ الا النصف لان الحاكم لما حكم بالمبيع
بينهما وخيرها فيه الفسخ العقدي في حق كل واحد منهما في النصف
فلا يعود الا بتجدد عقد وهذا كما يقول اذا قضى القاضي بالدار للشفعين
فسلم احدهما للاخر لم يكن للاخر ان ياخذ الا النصف لان القاضي ابطال
شفعة كل واحد منهما فيما قضى به للاخر واما اذا اختارا احدهما ترك
لخصومة قبل تخيير الحاكم فلاخر ان ياخذ الجميع لان حقه ثبت في الجميع
بالعقد وانما سقط عن بعضه بالمزاحمة فاذا دات المزاحمة والعقد
بحاله بقي حقه في جميعه وهذا كما حد الشفعين اذا سلم الشفعة قبل

٢٩٦
فرضا القاضي كان للاخر جميعها **فصل** وان وقت البيعتين
كان لصاحب الوقت الاول لاننا لما حكمنا بالبيع الاول ملك المشتري فصار
البايع بعد ذلك بايعا للملك غيره فلم يجز بيعه **فصل** وان وقت
احدهما لم يوف وقت الاخر فهو لصاحب الوقت لما بينا اننا لا نحتاج الى اثبات
ملك البايع وانما نحتاج الى اثبات ملكهما وقد عرفنا بعدم ابتياع
التاريخ فبقي بيع الاخر معنى حادثا لا يعلم تاريخه فيحكم به في الحال فيكون
الذي قبله اولى **فصل** فان لم يكن لواحد منهما تاريخ وكانت
الدارية يد احدهما فهو اولى بذلك لان امر المسلم محمول على الصحة
ولجواز فلم يجز ان يحمل هذا على قبض غصب فيقي ان يحمل على قبض بيع
فالقبض معنى حادث والبيع معنى حادث فحكم بوقوعهما معا فصار قبض
احدهما مع بيع الاخر والقبض متصدر عن عقد فصار عقد صاحب
القبض متقدما من طريق الحكم فكان اولى **فصل** قال فان ذكر
الاخر وقتا لم ينفع به الا ان يشهد وان يبيعه كان قبل بيع الذي
في يديه الدار فيقضي له به ويرجع الاخر على البايع بالثمن وذلك
لما بينا ان القبض يدل على تقدم العقد فاذا ذكر الاخر تاريخا جاز
ان يكون هذا البيع مثله وجاز ان يكون اقدم منه فلا يعلم بالتاريخ
تقدم العقد وليس كذلك اذ لم يكن هناك قبض لاننا لم نحكم بتقدم
العقد وهو معنى حادث فحكمنا بوقوعه في الحال فصار صاحب التاريخ
اقدم منه واما اذا شهدوا بتقدم البيع على بيع صاحب القبض المتقدم

اولي لانه ملك من الوقت السابق وبيع الاخر حصل بعده فلم يعتد به
فصل فان اقام كل واحد منهما البينة على شري من اخر وعلى ملك
البائع فانه يقضى بها بينهما نصفين لان المشتريين قاما مقام الباعين
فكان الباعين حضرا واقاما البينة على الملك فيكون الشيء بينهما على
ما قدمنا ولم يذكر في هذا الفصل الخيار اكتفا على ما تقدم والافالخيار
نابت لان الاستحقاق يوجب استحقاق ملكه الاصل والا ولهذا يرجع
المشتري على البائع بالتمن فيثبت لكل واحد منهما الخيار **فصل**
قال فان كانا اقرا قبض المبيع او لم يقرأ فان كل واحد منهما يرجع على
بائعه بنصف الثمن وذلك لان نصف المبيع استحق في النسخة من
المشتريين الخيار والاستحقاق قبل قبض الثمن وبعد فوجب الرجوع
بالثمن **فصل** قال ولو كان الشهود وقتوا في هذا وقتا في الشري
فكان احدا الوقتين قبل صاحبه فانه يقضاه لصاحب الوقت
الاول في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وذلك لان صاحب الوقت
الاول اثبت لنفسه الملك في وقت متقدم لم يمارعه صاحبه فيه
فلم يستحق الملك بعد ذلك الا من جهته وقد اقام الاخر البينة
على استحقاق من غير جهته فلم تقبل بينته وهذه رواية الاصول
وقد بينا الفرق بين المشتريين والوارثين على ما كان يقول ابو بكر
الرازي فاما على رواية الاملاء عن محمد فالنارح لا يعتد به لان المشتري
يثبت ملك بائعه وهو غير مورخ فنارحه للملك لا يعتد به وكان

الباعين حضرا واقاما البينة على الملك من غير نارح فنقسم بينهما
فصل قال ولو وقت احدا البينتين وقتا ولم توقت
الاخرى وقتا فانه يقضاهما بينهما نصفين وذلك لان توقيت احدهما
لا يدل على تقدم ملكه لجواز ان يكون البينة الاخرى لو وقت وقتا كان اقدم
واذا لم يدل على التقدم سقط النارح وليس كذلك اذا كان البائع واحدا
لانها اتفقا على ملك البائع فاذا اثبت لاحدهما نارح ويثري الاخر معني
جاءت حكم به في الحال **فصل** قال ولو كانت الدار في يدي
احدهما فقضى بها للاخر وذلك لانها قاما مقام الباعين فكانها حضرا
والدار في يدهما واقاما البينة على الملك فتكون بينة الخارج اولى
وليس كذلك اذا كان البائع واحدا لانها اتفقا على ملك البائع والقبض
وبيع الاخر كانتا في الحكم معا فيصير بيع صاحب القبض اقدم من طريق
الحكم فكان اولى **باب** **اخرى الرجل يدعي احدهما**
بيعا والاخر هبة او صدقة او ميراثا والمدعي ذلك
علمهم متفرقون قال ابو الحسن واذا كانت الدابة في يد رجل
فادعي رجل انه اشتراها من فلان بمائة درهم وهو يملكها وبعد
التمن وادعي اخر ان فلان الاخر وهبها له وقبضها منه وهو يومئذ
بملكها فانه يقضى بها بينهما نصفين ولو كان معهما مدعي يدعي ميراثا
عز ابنه واقام على ذلك بينة وادعي اخر صدقة من لخر واقام على ذلك بينة
وعلى القبض فانه يقضى بينهما ارباعا وذلك لان المدعين هاهنا يثبتون

ملك من استقاد والملك من جهته وقد تساوى حكم املاكهم فلا يعتبر
 باسباب ملك المتنازعين في القوة والضعف فكانوا جميعا سوا
 وصار كان البائع والواهب والمتصدق والمشتري حضروا واقام كل
 واحد بينة على الملك المطلق فتساوون وليس كذلك اذا كانت الدعوى
 من مالك واحد لانهم اتفقوا على ملكه وانما اختلفوا في ملك انفسهم
 فجاز ان يرجح احد الاسباب على الاخر على ما سنبينه ان شاء الله تعالى
باب اذا اختلفت الدعوى والمدعي
الملك من قبله واحد واذا كانت الدابة في يد رجل
 فاقام رجل البينة انه اشتراها من فلان بثلث مسمى ونقل الثمن وقبض
 الدابة واقام اخر البينة ان فلانا ذلك وهبها له وقبضها منه فانه
 يقضي بها لصاحب الشراء وكذلك الصدقة مع الشري وكذلك التخلي
 والري مع الشري فانه يقضي بها لصاحب الشراء وذلك لان الشرا
 والهبة كل واحد منهما معنى حادث لا يعلم تاريخه فيحكم بوقوعهما معا
 كالعرفي واذا وقع معا تعلق الاستحقاق بعقد البيع ولم يتعلق
 بعقد الهبة حتى ينضم القبض اليه فكان البيع استوفى وكان اولى
فصل قال فان لم يتم واحد منهما على الشري واقام واحد
 على الهبة والقبض والاخر على الصدقة والقبض فانه يقضي بها
 بينهما نصفين وذلك لان الصدقة والهبة تساويان في اقتدار
 كل واحد منهما الى القبض فلم يرجح احدهما على الاخر وتساوي في

سبب

سبب الاستحقاق بوجوب التساوي في الاستحقاق فان قيل الصدقة
 اولى لانه لا يصح الرجوع فيها والهبة يصح الرجوع فيها قيل له الترجيح
 انما يقع بتقديم احد العقد على الاخر والصدقة والهبة لا يتقدم
 احدهما الا خرجا ولان الرجوع معني في ثاني العقد والرجح يقع حكم
 ابتدا العقد ولان الرجوع حق ضعيف لا ترى انه يمكن الموهوب له
 ابطاله فلم يقع به ترجيح وقد فرض هذه المسئلة وهي هبة الدابة
 وهي مما لا يحتمل العتمة فوقع الهبة في بعضها والصدقة في بعضها
 جاز فاما ان كانت المنازعة فيما يحتمل العتمة والمسئلة محالها من اصحابنا
 من قال لا يحكم بواحد منهما لان هبة الواحد من الاثنين لا تصح على قول ابي
 حنيفة ومنهم من قال انه لا فرق بين ما يحتمل العتمة او لا يحتمل لان كل
 واحد منهما اقام البينة على هبة الجميع وانما استحق بعض ذلك حكما
 والاشاعة في الثاني لا تؤثر في الهبة ولا في الصدقة **فصل**
 وان اقام احدهما بينة على هبة مقبوضة او صدقة مقبوضة واقامت
 امرأة انها تزوجت عليها فبالنكاح اولى وهي للمرأة وذلك لان اليد في النكاح
 تستحق بالعقد وفي الهبة لا تستحق الا بالقبض فصار كالباع والهبة
فصل قال وان كانت المرأة اقامت على النكاح بالرد البينة
 واقام رجل على الشري فهي بينهما نصفان في قول ابي يوسف
 وقال محمد الشري اولى من النكاح ويكون للمرأة البتة على الزوج في
 قول محمد وجه قول ابي يوسف ان النكاح والبيع تساويان في ان

مطلب

الملك يقع من كل واحد منهما بنفس الاعتقاد اراكا لتعيينه ولا من كل
واحد من العقدين يتعلق به الشئان والاستحقاق وحكم النكاح
في العوض اقوي لانه يثبت بغير تسمية فلم يحز ترجيح البيع علي وجه
وجه قوله محمدان من اصله تصحيح البيئات ما امكن حسن ظن بالشهود
فمنى حكم بتقدم البيع صح وصحت التسمية في النكاح لان من تزوج
امراة علي ملك غيره صحت التسمية وكان لها القيمة ولو حكم بتقدم النكاح
لبطل البيع وما ادي الي تصحيح العقدين اولي ولانا لو لم نحكم بتقدم البيع
حكما بوقوع العقدين معا فيبطل البيع في النصف واذا تقدم البيع
صح العقدان جميعا فهو اولي **فصل** قال واذا اجتمع الشري
والرهن فالشري اولي من الرهن وذلك لان الشري يتعلق بالاستحقاق يعتد
والرهن لا يتعلق بعقد وكان البيع اسبق من طريق الحكم فكان اولي كالبيع
والهبة ولا ان الشري اثبات ملك والرهن اثبات حق والملك والحق
اذا تساوبا فالملك اقوي من الحق ولان الشري يد علي الرهن والرهن
لا يرد علي البيع لانه لو باع ثم رهن لم يصح فاذا اجتمعا كان البيع اولي كنكاح
الحر والامة **فصل** قال والرهن اولي من الصدقة والهبة
وذكر في كتاب الشهادات ان القياس يقتضي ان الهبة اولي من الرهن
لان الرهن فيه اثبات حق والهبة فيها اثبات ملك فهو اولي من الحق
ولان الهبة تد علي الرهن والرهن لا يرد علي الهبة وجه الاستحسان
ان الرهن يتعلق به ضمان والهبة لا يتعلق بها الضمان فصار الرهن مع

٢٨٢
الهبة كالبيع مع الهبة **باب** **دعوى**
من في يده علي خارج ودعوى الخارج علي
من في يده قال ابو الحسن واذا كانت الدار في يد رجل
فاقام اخر البينة انه اشتراها من الذي هي في يده بالف درهم
ونقله الثمن واقام الذي في يده البينة انه اشتراها من المدعي
بالف ونقله الثمن فان البيئتين بهما س علي قولنا في حنيقة وابي يوسف
ولا يجب لواحد منهما علي صاحبه ثمن ونقر الدار في يد الذي هي في يده
ولو وقتت البيئتان وقتان احدهما قبل صاحبه فانه يقضي لها
لصاحب الوقت الاخر راسها كان والبيع الثاني ينقض بيع الاول
وقال محمد في المسئلة اذ لم يوجر احدي البيئتين وقتا اقضى بالبيئتين
جميعا واقضى بالدار للمدعي الذي ليست الدار في يده وجه قولها ان دخول
كل واحد من الملتبها بعين مع الاخر في البيع اقراره بالملك فكان كل
واحد منهما اقام البينة علي اقرار الاخر ولو اقاما علي الاقرار بها
برن البيئتان كذلك هذا ولانه لا يخلو اما ان حكم بوقوع البيعين معا
او بتقدم احدهما علي الاخر فان حكما بوقوعهما معا بطلا لاستحالة
ان يستفيد علي كل واحد منهما الملك من صاحبه في الحالة التي
تقديم الملك وان حكما باحدا لبيعين بعينه متقدما علي الاخر
لساننا نرسم يشهد به الشهود وهذا لا يجوز كما لا يجوز اثبات
تفضل يشهد به الشهود وجه قوله محمدان الشهود عدول

فالواجب حسن الظن بهم وحمل امرهم على الصحة ما أمكن والبيئنة
إذا قامت على بيعين حكمت الأدلة في إثبات السابق منهما واليد أحد
علامات السبق بدلالة أن المشتريين من رجل واحد إذا أقامتا
البيئنة ومع أحدهما قبض جعل عقده أسبق فيحمل الأمر على أن الخارج
باع من صاحب اليد وسلم إليه ثم باع صاحب اليد فيه ولم يسلم إليه
فيومر بالتسليم ولا يجوز أن يحمل الأمر على أن صاحب اليد باع من الخارج
أولا ولم يسلم إليه ثم ابتاع منه لأن بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز
فلم يجز حمل الأمر على ما يفسد معه أحد العقدین بل وجب حمله على ما
يصح معه العقدان جميعا **فصل** ولو وقتت البيئتان
وقتین أحدهما قبل صاحبه فإنه يقضي بها لصاحب الوقت الآخر
إنهما كانا رابيع الثاني ينقض البيع الأول وهذا الفصل على وجهين
أما أن يكون ابتاع الخارج أسبق أو ابتاع صاحب اليد أسبق
وكل واحد من الفصلين على فصلين إما أن يكون الشهود اثبتوا القبض
أولم يثبتوا فإن كان وقت الخارج أسبق ولم يثبت قبض ففي قول أبي
حنيفة وأبي يوسف يقضا بالدار لصاحب اليد وعلى قول محمد يقضي
بها للخارج أما على قولها فلان الخارج ابتاع أولا ثم باع قبل قبضت البيع
وبيع العقار قبل القبض جائز عندهما فيجوز البيعان معا وعلى قول محمد
الخارج ابتاع أولا ثم باع قبل القبض فلا يصح بيعه فيبقى على ملك الخارج
وأما إذا اثبتوا القبض جاز البيعان جميعا ويقضي للذي هي في يده في

٢٩٥
قولهم جميعا لأن ابتياعه هو المتأخر وقد ابتاع بعد القبض فيصح على
المذهبيين وأما إذا كان وقت الذي هي في يده أسبق ولم يسأ القبض
فإنما يجعل الذي في يده ابتاعها أولا على ما شهدت عليه بشهوده ثم
باع من الخارج ولم يسلم إليه فيومر بالتسليم إليه في قولهم جميعا وأما
إذا اثبتوا القبض ففي قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف الجواب
لذلك وفي قول محمد يجب أن يكون مثله لأنه يجعل الذي في يده كأنه
اشتراها أولا ثم باع من الخارج وسلم إليه ثم عادت إلى صاحب اليد
بوجه آخر وهذا التفصيل لم يذكره أبو الحسن **فصل**
ولو كانا أقاما جميعا البيئنة على الشئ أو القبض فإن أبا حنيفة وأبا
قالا في ذلك هي للذي في يده والبيئتان باطل وقال محمد أما أنا
فأراها للذي هي في يده والقبض فضا ص أما أبو حنيفة وأبو
فقد بينا أصلهما وأما محمد فأنه يجعل الخارج اشتراها من الداخل
وقبضها ثم اشتراها الداخل فيه وقبض لأن من أصله أن القبض
موجود إذا أمكن أن يجعله قبض بيع جعلناه كذلك لأنه يوجب البيع
والمسلم يجب حمل امره على الصحة وإذا صار من هذا قبض بيع كان
ابتیاع الخارج أولى **فصل** وقال معلى قال أبو يوسف
في عبد في يد رجل أقام الآخر البيئنة أنه اشتراه منه وقبضه
وأقام الذي في يده البيئنة أنه اشتراه من المدعي قال هو للذي في
يده وهذا على ما بينا من أصل أبي حنيفة وأبي يوسف في قياس البيئتين

فاما محمد فجعل شري صاحب اليد هو الثاني حتى محل القبض الموجود
قبض يبيع فهو اولى من محلة على غير ذلك مما امكن وهذا باب فرع عليه محمد
في جامع الكبير فروعا مضطربة على اصله وفيما ذكره ابو الحسن
كفاية **باب الدعوى اذا خالفت**
الشهادة الاصل في هذا الباب ان البيينة التي تقوم الحق ادى لا يقبل
الا مدعي لانها حق له وحقوق الانسان تتفق على مطالبته او على مطالبة
من يقوم مقامه فمتى خالفت الدعوى البيينة لم تقبل البيينة لانه لا مدعي
لها **المعتبر** اتفاق الدعوى والشهادة من طريق المعنى لا من طريق
اللفظ **الانزيان** المدعي يقول ادعي كذا ويقول الشاهد اشهد بكذا فتختلف
ويتفق المعنى فكل موضع امكن ان يوقف بين الدعوى والشهادة لم
يسطو اذ لم يمكن ان يوقف بينهما بطلت قال ابو الحسن واذا كانت الدار
في يد رجل فادعاهما اخراتها له ورثها عن ابيه ومحمد الذي في يد
المدار فاقام المدعي شاهدين فشهدا انه اشتراها من الذي هي في يديه
مند سنتين ولم يذكر اياه فان هذه الشهادة لا تقبل في قولهم وذلك
لانه ادعي ملكا من جهة الميراث وشهد الشهود بالشري وهكذا
شهادة لا مدعي لها فلا تقبل ولانه في الظاهر اكد الشهود بدعواه
الميراث فلا تقبل شهادتهم له ولو ادعاه او لا ان الذي في يده تصدق
بها عليه ثم اقام بيينة انه اشتراها من الذي هي في يده او ادعي
اولا الشري ثم اقام بيينة على صدقة او هبة من الذي هي في يده

وانه قبضها لم يقبل بيئته وذلك لانه ادعا الملك من جهة مخصوصة
وشهدت الشهود بجهة اخرى يخالف الادعوى فلم تقبل قال وان قال
المدعي كنت اشتريتها منه فمحمد في وساله بعد ذلك فتصدق
بها على او قال **سألت** فوهبها لي وقبضتها وقد شهدت له البيينة على
الهبة والصدقة والقبض قبلت بيئته وحكم له بالدار اذا فسر
هذا التفسير وكذلك ان قال محمد في الميراث فاشتريتها منه وذلك
لانه يمكن ها هنا الجمع بين الدعوى والبيينة اذا لم يجوز ان يكون
على ما قاله وليس كذلك اذا لم يفسر لان المخالفة موجودة في الظاهر
فلم تقبل البيينة **فصل** قال واذا كانت دار في يدي
رجل فادعي رجل انه اشتراها منه بعبد هذا نسئل البيينة
فاقام البيينة في مجلس اخر انه اشتراها منه بالف فان بيئته لا تقبل
وذلك لانه اختلاف البدل يوجب اختلاف العقود فقد ادعا
عقدا واقام البيينة بعقد اخر فلم تقبل بيئته قال فان قال محمد في
الشري بالعقد فاشترتها بعد قيامي من مجلس الحاكم بالف درهم
فانه يقبل ذلك منه ويقضى له بالدار وذلك لان العقد قد بطرأ على
العقد بعد الجحود فامكن الجمع بين الدعوى الثانية والاولى قال
ولو اقام البيينة انه اشتراها منه مند سنة او مند شرا قبل
قيامه من مجلس الحاكم بالف لم يقبل بيئته وذلك لانه لما ادعي عند
الحاكم الشرا بالعبد ثم زعم انه كان قبل ذلك اشترى بالف فقد نقض

الشرا الثاني الاول فدعواه مخالفة للبينة فلا تقبل **فصل**
ولو ادعى اول مرة شيئا في يده غير انه له وجحد الذي في يده
الدعوى التي ادعاها الخارج فاقام الخارج البينة انه اشتراها
من الذي هي في يده او تصدق لها عليه وقبضها او وهبها له او
انه ورثها عن ابيه او ملكها شرا او صدقة او هبة من غير الذي
في يده فانه يقضى بها له وذلك لانه لا منافاة بين هذه الدعوى
وبين البينة الا ترى ان الملك لا بد ان يستفاد بسببه فاذا
ذكر الشهود سبب الملك لم يمنع ذلك قبول شهادتهم قال وكذلك
لو جابئينة ان ذلك لغيره وكله بالخصومة فيرأى ان دعواه للدار
لا تنفي اقامة البينة لموكله لان الوكيل قد يصف الشيء لنفسه
لثبوت حق المطالبة فيه واذا جاز ذلك قبلت البينة قال ولو ادعى
اول مرة انها لفلان وانه وكله بالخصومة فيها ثم اقام بينه انما له
لم تقبل ذلك منه لانه المستحق للشيء لا يضيفه الى غيره وانما يضيف
ملك الغير الى نفسه اذا كان وكيلًا فكانت البينة مخالفة لدعواه فلم
تقبل قال وكذلك لو اقام بينة انها لآخر وكله بالخصومة فيها
لم يقبل ذلك منه ولا اصدق عليه لان الوكيل يضيف ملك الموكل الى
نفسه ولا يضيف الى موكل اخر فكانت الدعوى الثابتة تقضي للاولي
قال فان قال بعد ما ادعى الوكالة من الثاني باعها من فلان وهو يملكها
فوكلي فلان يعني المشتري بالخصومة فيها وجابا لبينة على ذلك

فاني اقبل ذلك منه واقضي بالدار للموكل الا خرو ذلك لانه يمكن الجمع بين
الدعوتين لجواز ان يبيع الموكل الاول من الثاني واذا امكن الجمع بينهما
لم يتنا فيا قال وكذلك لو ادعى علي رجل ديناً في صدق جأبه فاقضه
ثم جابا لبينة ان ذلك المال بتعيينه والصك لغيره وكله بالخصومة
فيه فاني اقبل ذلك وهذا ما بينا ان الوكيل قد يضيف ما وكل به الى
نفسه فلم تتنا في البينة والدعوى **فصل** قال ولو ادعى
رجلا ادعى ارا في يده رجل انه اشتراها من فلان وهو يملكها
رجل غير الذي في يده ثم اقام المدعى البينة انها داره ولم يشهدوا
على الشرا فان الشهادة باطل وكذلك لو ادعى انها كانت لابيه مات
وتركها ميراثا ثم اقام البينة ان الدار داره لم تقبل بينته حتى
يشهدوا وانما قال وذلك لان المدعى ادعى ملكا حادثا بالشرع
او بالميراث واقام البينة على ملك مطلق والملك المطلق اعم من
المقيد لان في الملك المرسل مستحقا من الاصل ولهذا يستحق الاداء
الجارية واذا كانت الشهادة اكثر من الدعوى لم تقبل مثل ان يدعى
الف فيشهد له بالف وخمسمائة ولانه اقرب الملك للمبايع وللميت
فلا تقبل الشهادة له حتى يشهدوا على الانتقال اليه منه **فصل**
قال ولو ادعى انه اشتراها من فلان وجابا بشا
يشهد ان فلان ذلك وهبها له وقبضها منه وهو يملكها فان
الشهادة باطل الا ان يقول اشتريتها فجدني ثم وهبها لي بعد ذلك

وهذا على ما قدمنا **فصل** قال بشر عن ابي يوسف في رجل
ادعى اراقي يدي رجل فقال اشترى ثيابا منه في شهر رمضان بالغ ونقد
التمن فجدد الاخر البيع والخصومة الى القاضي في ذي القعدة
فجاء ببينة يشهد وان هذا تصدق بالدار على المدعي في شعبان
وقبضها فان القاضي لا يقبل هذا لان الشري المتأخر الذي ادعاه
في رمضان بنقض الصدقة في شعبان فكان مكذبا للبينة قال ولو
اقام بينة على الصدقة في شوال قبل ذلك منه بقول جدي الشرا
فطلبت منه فتصدت بها على وهذا ما بينا ان دعوى الشرا في رمضان
تنفي الصدقة في شوال مع الجحود قال ولو تذكر بينة الصدقة
فجاء بالبينة على الشري لم اقبل ذلك منه وذلك لان الصدقة
الاخيرة تنقض الشري المتقدم فلم تقبل البينة مع اقرارها بالدعوى
الاخيرة **باب الرجلين يتدا عيانا**
الشيء بالأيدي قال ابو الحسن واذا اختصم رجلان في دابة
او بقر او ثوب او عبد او غير ذلك من العروض كما بينا ما كان وهو
قائم بعينه فان القاضي ينبغي ان لا يسمع من واحد منهما حتى يحضرا
ذلك الشيء الذي يتنازعان فيه بعينه الا ان يقول احدهما قد استملكته
والاخر يدعي انه له او استملكه غيره وكل واحد منهما يدعي انه له
فان وقع الامر على هذا قبلت البينة لانه مستهلك والاصل في
ذلك ان المنقولات لا تضبط بالصفة ومن حكم الدعوى ان تقع

298
في معلوم فاذا لم يحضر اتفق الدعوى على عينها لم يعرفها القاضي ولا الشهود
فذلك وجب احضارها ولان الخصومة تتعلق بمدعي ومدعى عليه ومدعي
فيه ومعلوم ان المتداعيين اذا امكن حضورها وقف الحكم على
ذلك كذا لك المدعى فيه وليس لذلك المستهلك لان الدعوى لا تقع
في عين وإنما تقع فيما في الذمة وقد حضر صاحب الذمة وليس هذا كالعقار
لانه يصير معلوما بالحدود فتقع الشهادة على معلوم ولهذا
لو وقعت الدعوى في غير محدود لم يصح حتى يحضر الحاكم عند الارض
فليسمع الدعوى على عينها وليشهر الشهود اليها بالمشاهدة واما
اذا وقعت الدعوى في المنقولات التي يتعذر نقلها كالحجارة
والارحمة فلم يذكر ذلك المتقدمون من اصحابنا وكان شيوخنا
يقولون ان شا الحاكم حضر عندنا وان شاعث بامرين
من امنايه لانه لا تضبط بالحدود ويشق نقلها فتسمع الدعوى
على عينها **فصل** ولو اختصم رجلان في شيء مما ذكرنا
وكل واحد منهما متعلق به يقول هولي وفي يدي فان علي كل
واحد منهما البينة انه له فمن اقام البينة منهما قضي له وان لم
تقم البينة وهو في ايديهما فهو بينهما نصفين على حاله وذلك لان
يديهما ثابتة عليه من طريق المشاهدة والذي من اسبابه الاستحقاق
فاذا تناشوا فيها كانت مستقرة في ايديهما نصفين فان اقام احدهما
بينة انها له استحق النصف الذي في يده خصه بقضيه له وبقي القضا

الآخر في يد لا على طريق القضا لان بيئته صاحب اليد لا تقبل على الملك
الطلق ولهذا قالوا لواقام كل واحد منهما بيئته انها له قضي لكل واحد
منهما بما في يد الآخر ويكون الشئ بينهما على طريق القضا لان العين
في ايديهما على ما بينا ففي يد كل واحد منهما بيئته انها له قضي لكل
واحد منهما النصف وقد اقام البيئته على الجميع فما اجتمع في
كل واحد من النصفين بيئته صاحب اليد والخارج فبيئته الخارج
اولي **فصل** قال وكذلك لو اختصما في عبد صغير لا يتكلم لانه
اذا لم يعبر عن نفسه تثبت اليد عليه فصارك لعروض وقد
قالوا ان الصغير اذا كان في يد رجل يدعي انه عبده وكبر
فادعي الحرية لم تقبل لانا حكمنا بثبوت اليد عليه فلم يقبل
قوله في ازالته او قال محمد لو لم يدعي صاحب اليد في حال الصغير
انه عبده حتى كبر فادعاه وقال لا غلام انا حر فالقول قوله
لانه لما لم يتقدم الدعوي لم يحكم بالرق فصار بعد البلوغ
في يد نفسه فالمرجع الي قوله **فصل** قال ولو كان عبد كبير
يتكلم فقال انا عبد احدكم لم يصدق وهو عبدهما وقال
ابو حنيفة اذا كان العبد في يد رجل فاقر العبد انه عبد
لرجل اخر والذي هو في يده يقول هو عبدي فالقول
قول الذي هو في يده ولا يصدق العبد على ما قال اذا اقر
بالرق وهو في يد رجل وذلك لان الكبير في يد نفسه لانه

يعبر عنها فقال انا في حر فالقول قوله واما اذا اعترف بالرق فقد
اقرانه لا يده على نفسه وانه ممن تثبت عليه اليد فصار في يد
من هو في يده ولا يلتفت الي قوله في ازالته اليد وصارك لصغير
فصل قال واذا اتداعيا شيئا من ذلك اودارا او غيرها وهو
في يد غيرها فاقر الذي في يده ذلك الشئ انه لا حدما جازا قرانه
له ولذلك لو ان احدهما ادعى ذلك الشئ او اعان او اجره او غصبه
منه فهو يصدق على ما قال ويحكم به للمقر له وهذه المسئلة على ثلثة فصول
ذكر ابو الحسن فضلا منها وهو اذا اقر قبل سماع البيئته والوجه
فيه ان الدار في الظاهر لصاحب اليد فاذا اقر بما في يده ولم
يبطل بالاقرار حقا لغيره فجاز اقراره به الفصل الثاني اذا
اقر صاحب اليد بعد سماع البيئته قبل الترقية لم يجز اقراره
لان اقراره يبطل البيئتين لا نرى انه يقول ان المقر له اقام
البيئته على ملك نفسه فلا قابلية في بيئته وان الاخرا قام
البيئته على غير خصم فلم يقبل اقراره في ابطال البيئتين ولكنه
يصدق في تحويل الخصومة الي المقر له ويصير المقر له كالوكيل
في الخصومة فيدفع العبد الي المقر له ويصير هو الخصم فاذا
زكيت البيئتان جميعا قضي به بينهما نصفان على مقتضى
البيئتين قبل الاقرار اذ المرؤ لا يملك تعبير موجب البيئته
وهذا ظاهر على اصل ابي يوسف ومحمد لان المقر اذا كان باقراره

ينقل الخصومة فكانه وكل المقر له وعند ما ان تيوكله يجوز بغير
رضا خصمه فاما على اصل ابي حنيفة فلا يجوز التوكيل بغير رضا
الخصم الا ان يقول هاهنا خرج المقر من الخصومة فلم يبق خصم غير
المدعى عليه لفصل الثالث اذا اقر بعد ما زكيت البينة ولم يذكر
محمد هذا الفصل في الدعوي والجواب فيه ان القاضي يقضي
بالعبد بينهما ولا يقبل الخصومة لان البينتين اذا زكيتا فلم
يبق خصومة وانما بقي انفاذا الحكم بها وقد ذكر محمد في الدعوي هذه
المسئلة وقال اذا اقر المدعى عليه بعد سماع البينة ان احدهما
اودعه اياه سلم اليه صدقة المقر ولم يصدق ومعه ذلك انه
صدق انه اودعه او لم يصدق في الودعة ولكنه ادعى
الملك فاما اذا اكره ولم يدعي الملك بطل الاقرار **فصل**
قال معلى عن ابي يوسف لو ان شاهدين شهدا ان فلانا مات وهذه
الدار في يده اقضى بها للورثة فان شهدوا انه مات وهو ساكن
فيها او قالوا مات وهو فيها لم اقض بها والاصل في ذلك انهم
اذا شهدوا بيد الميت عند الموت كان ميراثا لان الموت جهة
لنقل الملك وكل شيء في يد الميت ينقل اليه ورثته الا ان يستحق
عليه ولان الاملاك لا طريق الي اثباتها الا بظاهرها اليد والتمسك
فاذا شهدوا باليد مع جهة الانتقال فكانهم شهدوا بالملك
وعلى هذا قالوا اذا شهدوا ان هذا الشيء كان في يد فلان الى ان

بأمر وسلمه انها شهادة بالملك لانهم شهدوا باليد مع جهة انتقال الملك
واذا ثبت ان الشهادة باليد عند الموت شهادة بالملك قلنا
اذا لم يذكر واملك الميت ولا صرح اليد ولكن ذكر ما فعلا من الميت
فكل فعل ثبت به اليد فان الملك يثبت به وكل فعل لا يثبت
به اليد لا يثبت به الملك فاذا قالوا مات فيها لم يستحقها الورثة
لان كون الانسان في الدار وصوته ليس يتصرف فيها بدلالة ان
من دخل دار انسان بغير اذنه فجلس لم يصير غاصبا عند من
يضمن العقار بالغصب فلم يشهدوا له بملك ولا يد ولا تصرف
فلا يستحقها الورثة واما اذا شهدوا انه مات وهو ساكن
فيها فقد ذكر في الجامع الكبير انه يقضاهما للورثة خلاف ما
حكاهنا عن ابي يوسف والصحيح ما في الجامع لان السكني تصرف
في الدار والشهادة بالتصرف شاهدة باليد ووجه رواية معلى ان السكني
في العادة تطلق على النزول في الدار التي لا تملك فلو عرف الشهود
الملك لذكروا اذ ذكروا صرح اليد **فصل** قال معلى
سالت ابا يوسف عن رجلين على دابة احدهما راكب في السرج
والاخر ردفه فادعيا جميعا الدابة قال هي راكب السرج وان
كانا راكبين في السرج فهو بينهما وكذلك قال هشام عن ابي يوسف
في هذه المسئلة وذلك لان تصرف الراكب في السرج اظهر فصار
كلابس الثوب واخر متعلق به ولان في العادة ان مالك الدابة

يركب في السرج ويردف غيره معه فكان اولي بها واما اذا ركب في
السرج فتصرفهما سوا والنسأوي في سبب الاستحقاق
يوجب التساوي في نفس الاستحقاق **فصل**
قال علي قال ابو يوسف في جمال عليه كارة وهو في دار بزاز فادعى البزاز امانة
وانكر الجمال قال ان كان من جماليين البزازين فائتكم مما يحمل فيها فالتقول قول
الجمال لان يد الجمال في الجمول اظهر وهو بمن يحمل للبزازين في الكارة فالمرجع
الي قوله وقد قال في خياط عني طوباني دار رجل فنارعه صاحب الدار
والخياط ان القول قول صاحب الدار فجعلوا صاحب الدار اظهر
لان العادة ان الخياط يخيط في دار الانسان ثيابه فاما الحمل فقد
يحمل الانسان الي دار انسان متاع غيره وهذا من نوع الاختلاف
في متاع البيت والترجيح باظهر اليمين وقد ذكر ابن رستم في نوادر
عن محمد في الشهود اذا شهدوا انا راينا نخرج من دار وعلى عاتقه
هذا المتاع فادعاه كل واحد منهما قال ان كان الحامل يعرف
بيعه ذلك المتاع وحمله فهو له وان كان لا يعرف به فهو لصاحب
الدار وهذا على ما بينا من الترجيح بالعلامة والظاهر **فصل**
علي قال ابو يوسف في رجل اصطاد طيرا في دار رجل قال ان
اصطاده من الهوا فله قوله فان كان على شجرة او غير ذلك فهو
لرب الدار فان اختلفا فالتقول قول رب الدار والاصل في هذا
انما اذا اتفقا ان الصيد على اصل الاباحة الي ان اصطاده

فهو

مطلوب

مطلوب

فهو للصيد في الوجهين لان الصيد يملك بالاخذ ولا يملك
بحصوله على جايظه وشجرته لانه على الامتناع والمباح يملك
بالاخذ وانما مسألة الكتاب موضوعة على ان الصيد يقول هذا
الصيد على اصل الاباحة وقد ملكته بالاخذ ويقول صاحب الدار
هذا الصيد ملك لي اصطدته انا قبلك او ابتعته او ورثته
فان كان الصياد اخذ من الهوا فله لان الهوا لا يد لصاحب
الدار عليه فقد اختلفا فيما لا يد له فيه واما اليد للصيد
فكان القول قوله وان اخذ من جداره او شجرته فذلك الموضع
بينه وبين اخذ شيئا من يد انسان وزعم انه مباح لم يقبل قوله
فان اختلفا هل اخذ من الهوا او من الجدار فالتقول صاحب
الدار لان الظاهر ان ما في داره في يده فاذا زعم الصياد انه
اخذ من الهوا فقد نفى يد صاحب الدار وهي موجودة في الظاهر
فلا يقبل قوله **فصل** قال محمد في الجامع الكبير اذا كانت
الدار في يد رجل فادعى رجل اخر انها داره ورثها عن ابيه فمحمد
الذي في يده الدار فاقام المدعي البينة ان اباه مات في الدار
او شهدوا انها كانت لابيه مات فيها ولم يشهدوا انه مات وتركها
ميراثا فالشهادة باطله ولا يستحق بها شيئا حتى يشهدوا ان اباه
مات والدار في يده او شهدوا انه مات وهو ساكن فيها او شهدوا
انه مات وتركها ميراثا وقد بينا هذه المسئلة وذكرنا ان قولهم

مات فيها ليس بشهادة باليد ولا بالتصرف واما السكني فقد بينا
اختلاف الرواية **فصل** فاما قولهم كانت لابنه
مات فيها فقد قال ابو حنيفة رضي الله عنه ومحمد رحمه الله ان الشها
انها كانت لابنه لا تقبل حتي يشهد وانهما كانت له عند موته او
يشهد وانهما كانت في يده الي ان مات وقال ابو يوسف تقبل
هذه الشهادة ويقضي بها وجه قولها انهم شهدوا بملك كان
وقد يتقنا زواله فكان الشهود قالوا كانت لابنه وليست له
اليوم ولا انهم شهدوا بملك يتقنا زواله ولا نعلم الي من زال فلا
يجوز الحكم باستصحابه مع وجود ما ينافيه وجه قول ابي
يوسف انهم شهدوا بملك متقدم للاب والظاهر يتقنا
الي حين موته فكانهم قالوا كان له الي ان مات اذا ثبت من
اصلها ان الشهادة بملك كان للميت لا تقبل فقوله كانت
لابنه مات فيها ليس بشهادة باليد عند الموت ولا الملك
فلا تقبل **فصل** ولو شهدوا انه مات وهو ليس
لهذا القميص ولا بس لهذا الخاتم والذي في يده القميص والخاتم
يحدد ذلك قضيت للوارث به وهذا علي ما قدمنا انهم
اذا شهدوا بالتصرف عند الموت فهو كالشهادة باليد وليس
القميص والخاتم تصرف تثبت به اليد بدلالة ان من ليس
بقميص غيره بغير امر او خاتم صار غاصبا واذا شهدوا باليد

قضي به للوارث **فصل** قال ولو شهدوا انه مات وهو
قاعد علي الفراش او علي هذا البساط او قالوا كانوا علي هذا
البساط لم يستحق الوارث بهذا شيئا وذلك لان الجلوس والنوم
علي البساط ليس بتصرف فيه بدلالة ان من جلس علي بساط غيره
او قام لم يصير غاصبا واذ لم يكن ذلك تصرفا في البساط لم تثبت به
اليد ولا تقبل الشهادة قال ولو شهدوا انه مات وهو راكب
لهذه الدابة قضيت بها للوارث لان الركوب تصرف ويد بدلالة
ان من ركب دابة غيره بغير اذنه صار غاصبا وكذلك لو شهدوا
انه مات وهو حامل لهذه الثوب او لهذا المتاع قضيت به للوارث
وذلك لان الحمل تصرف ويد بدلالة ان من حمل ملك غيره بغير
امره صار غاصبا قال ولو شهدوا انه مات وهذا الثوب
علي راسه موضوع ولم يشهدوا انه كان حاملا له لم يستحق وارثه
بهذا شيئا وذلك لان الثوب قد يوضع علي راسه بغير فعله
فلا يصير متصرفا فيه ولا يثبت له عليه يد ولهذا لا يضمنه
ان كان لغيره واذ لم يتعد ذلك اليد لم تغد الشهادة **فصل**
قال ولو كان رجل جالس علي بساط والاخر متعلقا به وكلاهما
يدعيه لم يكن بينهما نصفين وانما صار بينهما نصفين بدعواهما
انه لهما ليس لغير ذلك ارايت دارا فيها رجلان قاعدان كل واحد
منهما يدعي اهلها وانهما في يده اكان للقاضي ان يقضي بانها

لها او بانها في ايديهما بعقودها فيها او بقيامهما فليس ينبغي للقاضي
ان يقضي لهما بذلك ولكن اذا علم ان احدهما ساكن قضى بانها في يديه
اولا تري ان السكني مخالفة للقعود في الدار والنوم فيها ونحوه
والوجه في ذلك ما بينا ان القعود على البساط ليس بيد ولكن
القاضي لا يجد اليه اقرب منها فيقضي به لهما ويجوز ان يقال ان
معنى قولنا ان القاضي يترك ذلك في ايديهما لا على طريق القضا
لانه لا منازع لهما فيه وعلى هذا القاعدان في الدار لان القعود
في الدار ليس بيد وانما البد السكني فاما ان يقول ان يقضي بالدار
بينهما لانه ليس اقرب منها او يقول بمعناه انه يتركها لا على
طريق القضا لانه لم يثبت لهما يد ولا ملك **فصل**
وقال هشام في نوادره حديثا ابو يوسف عن ابي حنيفة
قال اذا قامت البينة على عبد او دار او دابة او غير ذلك
ان المبت اعارها الذي في يديه او اودعه اياها او وكلها
ان هذا كله جائز بعد ان تقوم البينة على عدد الورثة
فيقضي بذلك لم وذلك لان يد المودع يد المودعه وكذلك
يد المستعير والمعير اوجيها ويد الوكيل لموكله فاذا شهدوا
بيدي في الحال اوجيها المبت فقد شهدوا انها كانت في يد المبت
الي ان مات **فصل** وذكر بعد هذا خلافا لابي يوسف في الشهادة
بان الشيء كان ملكا للمبت وقول ابن ابي ليلى مثل قول ابي يوسف

وقد بينا ذلك **فصل** وقال محمد في كتاب الدعوي اذا كانت
الارض والدار في يد رجل فاقام الاخر البينة انها دارا بيده ولم
يقولوا مات وتركها ميراثا فانه لا يقضي بشهادتهم وكذلك لو قالوا
كانت هذه الارض لابييه وذلك لان الشهادة بها لابييه بعد موت
الاب كذب وقولهم كانت لابييه شهادة عمك زال ولا تعلمه كيف زال
عليما بينا **باب الدعوي في التنازع**
قال ابو الحسن واذا ادعي رجل دابة في يد رجل او شيئا من الحيوان
كانما كان من بني ادم او غيرهم فادعاه رجل ليس في يده انه لو
ولد في ملكه واقام البينة على ذلك واقام الذي هو في يد البينة
انه له ولد في ملكه فان البينة بينة الذي هو في يديه وقال
ابن ابي ليلى الخارج اولى لنا ما روي جابر بن عبد الله ان رجلا ادعي
ناقة في يدي رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام الذي
هي في يديه البينة انها ناقته نتجها فقضاها رسول الله صلى الله
عليه وسلم للذي هو في يديه ولا بينة صاحب اليد دلت على معنى لا تقتضيه
ظاهرا ليد فصار كبينته الخارج فتساوت البينتان ومع صاحب
اليد ترجيح باليد فكان اولى **فصل** واما اذا اقام احدهما
البينة على التنازع والاخر على الملك فصاحب التنازع اولى بهما
كان لانه اقام البينة لانه اول المالكين وان الشيء في المرفق لا يستحق
الامر جهته والاخر اقام البينة على الاستحقاق من غير جهته

فلا تقبل بينته **فصل** وظاهر المذهب يقتضي ان صاحب
اليدين يقضي له وقال عيسى بن ابيان يتهاير البنيان ويترك الشيء
في يده لا على طريق القضاء وهذا الذي قاله يخالف المذهب لا فهم
قالوا في رجلين في يد احدهما مسلوخة وفي يدي الاخر سواقطها
اقام كل واحد منهما بينة على النتائج فضاها لصاحب اليد
وقضي على الاخر تسليم السقط ولو كان على طريق التهاير لترك
ما في يده كل واحد منهما في يده وقالوا في الخارجين اذا اقام كل
واحد منهما بينة على النتائج كانت الدابة بينهما ولو نها برت
البيتان لركت في يد الثالث واما الدليل على ذلك فان
جابر روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضاهما لصاحب اليد
ولان النتائج بدل على تقدم الملك كالنارخ ولا نكل واحد
منهما اثبتا الملك بالنتائج والنتائج سبب واحد فصار
كان الرجلين اثبتا الشرا من واحد واحد فاقبض القاض
اولي وجه قول عيسى ان القاضي قد عرف كذب احدا الفريقين
وليس احدهما اولي من الاخر فلا يقبل واحدة من البيتين
كما لو شهد شاهدان ان فلانا قتل يوم الخزيمة وشهد شاهد
انه قتل يوم الخرب الكوفة لم تقبل واحدة من البيتين والجواب
ان الشهود لا يشهدون بالنتائج لمشاهدة الولادة وانما يرون
الفصيل تبع لناقة فيشهدون انه فصيلها وشهادة الفريق

الاخر

الاخر يتبع لناقة اخري فيشهدون انه فصيلها فلا يحكم بكذب احده
الفريقين كما لا يحكم بكذب احدا الفريقين اذا شهدوا بملك مطلق **فصل**
فان وقت كل بينة لما شهدت به من النتائج وقتا مخالفا للوقت
الاخر فكانت سن الدابة على احدا الوقتين حكم لصاحب الوقت
الذي سن الدابة عليه وهذا على فصول احدها ان يوافق السن
احدا الوقتين فيفضا له ايهما كان لان الحال يشهد بصدق شهوده
فكان اولي واما اذا اشكل ذلك فلم يعلم شهادة السن لاحدا الوقتين
يسقط التوقيت لانه لا دلالة فيه فكانهما اقاما البينة على
النتائج من غير نارخ فان كانا خارجين فالدابة بينهما وان كانت
في يد احدهما فهي لصاحب اليد واما اذا خالف سن الدابة
الوقتتين جميعا فلم يذكر ابو الحسن هذا الفصل وقد ذكره في الاصل
فقال فان كان علي غير الوقتين او كانت مشكلة قضيت بها بينهما
نصفين قال الحاكم وفي رواية ابى الليث واداسن الدابة على غير
الوقتتين فالبيتان باطلتان وهو الصحيح لان السن معني معلوم وقد
كذب البيتين جميعا فيسقط ويبقى الشيء في يد صاحب اليد وهذا
كمن اعترف بنسب غلام انه ابنه ومثله لا يولد لمثله ووجه
رواية الاصل ان النظر في السن انما يكون لحقهما فاذا خالف
السن لم يكن فيه فائدة لو وجدتهما فسقط اعتبارهما وكانا لم يذكر
التاريخ ومن اصحابنا من جمع بين الروايتين وقال يجب ان ينقص

من السؤال حتى يصير ان كانت علي غير الوقتين وكانت مشكلة تجعل
بينهما نصفين حتى يتفق الروايتان ويصح الجواب **فصل**
قال وكذلك صوف او مرغزي وشعر اقام كل واحد منهما انه جزء
من ملكه فهو لصاحب اليد اذا كانت الخصومة بين الذي في يده
وخارج وان كان خارجين فغلي ما فسر لك من التنازع في الوجهين
جميعا ولذلك غزل فظن في رجل اقام بينة انه غزله في ملكه
واقام خارج انه غزله في ملكه او ادعاه خارجا والذي في يده
يحكمه ولان هذا سبب في الملك لا يتكرر فهو كالنتاج **نوع**
اخر قال واذا كان ثوب خري في يد رجل او مرغزي وشعر فادعاه
اخر ليس في يده واقام بينة انه له نسجه في ملكه واقام الذي
في يده انه نسجه في يده واقام بينة انه له نسجه في ملكه
واقام الذي او كان سيف في يد رجل فاقام الخارج انه له طبعه
في ملكه واقام الذي في يده ان له طبعه في ملكه فانه ينظر
اليه اهل الصناعة فان كان مما ينسج مثله مرتين فهو للخارج
وان كان مما ينسج مرة فهو للذي في يده وان كان مشكلا لا يستتر
مرتين ينسج ام مرة قضيت به للمدعي وهذا قول محمد وقال في نسجة
اخرى وهذا قول ابي حنيفة فكان قوله وهذا قول محمد في الاصل
في هذا انهما اذا اضا فاملكهما الي سبب في الملك لا يتكرر فصاحب
البداولي قياسا علي الولاد وان كان السبب يتكرر قضيه للخارج

كالملك

كالملك المطلق وان اشكل ذلك سأل عنه اهل العلم وربه لما روي
عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنازعوا الازم
اهلكه ولان اهل الصناعة اعرف بذلك الامر من غيرهم فان كان
اشكل ذلك علي اهل الصناعة قضيه للخارج لان الاصل
ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل البينة بينة المدعي وانما عدلنا
عن هذا الاصل الظاهر لخبر التنازع فيما لا يعلم ان فيه معناه
محمول علي الظاهر اذا ثبت فتياب الخزو والشعر قد تنسج مرة
بعدمرة وفتياب القطن لا تنسج الامرة والسيوف منها ما
يمكن ان يطبع مرة بعدمرة ومنها ما لا يمكن الا ان يطبع مرة
قال واذا كان حلي مصوغ في يد امرأة فاقامت بينة انه
لها صاغته في ملكها واقامت اخرى ليس في يدها انها صا
في ملكها حكم به للخارج لان الحلي يصاغ مرة بعدمرة فهو
كالملك المطلق الذي يتكرر بعد اخرى **نوع** اخر
مما يستحق بالفعل ولا يستحق بالملك قال واذا كان النخل
والارض في يدي رجل فاقام رجل اخر البينة انه دخله واراضه
وانه غرس هذا النخل فيها واقام الذي هي في يده البينة
علي مثل ذلك فانه يقضي بها للمدعي الخارج وذلك لان غرس
النخل ليس بسبب الملك الارض تكتن فلم يكن سبب الملك
ولان غرس النخل يتكرر لانه قد يغرس ويقلع ثم يغرس وما يتكرر

من اسباب الملك يستحقه الخارج **فصل** قال واذا كانت
حنطة في يد رجل فاقام رجل البيعة انها حنطة اقامها زرعها في ارضه
واقام الذي هي في يده البيعة على مثل ذلك فانه يقضي بها للمدعي
وذلك لان الحنطة قد تزرع ثم تؤخذ من الارض مع التراب فتزرع فهو
سبب متكرر قال وكذلك القطن والكتان وسائر الحبوب التي تزرع
غير مرة لان السبب اذا تكرر لم يستحقها من خرجت من ارضه تجوز
ان يزرعها ثم يزرعها غيره **س**وعاخر ولو كان قطن نابيا في ارض رجل
فاقام رجل البيعة انها ارضه وانه زرع هذا القطن فيها فانه يقضي
بالارض والقطن للمدعي على الذي في يده وكذلك دار في يد رجل
فاقام البيعة انها دار ساهها هذا البناء واقام الاخر البيعة على مثل ذلك
فانه يقضي بالدار والبناء للمدعي على الذي في يده وذلك لانها اختلفا
في الارض وتعارضت بينتاهما على ملك مطلق فكان الخارج اولى ولان
البناء والزرع لا يملك به الارض فلم تتم البيعة على سبب الملك ولو
كان سبب الملك كان مما يتكرر **س**وعاخر قال ولو امانة في يدي
رجل ادعاه رجل اخر انها امانة ولدت في ملكه من امانة هذه التي هي
في يده واقام الذي هي في يده امانة ولدت عنده في ملكه من امانة هذه
التي هي في يده فانه يقضي بها للمدعي الذي هي في يده وذلك لان الولادة
سبب في الملك لان الولد على الملك الاصل وهو ما لا يتكرر فكان صاحب اليد اولى
قال ولو اقام المدعي البيعة على انها التي هي عند المدعي عليها امانة وانها ولدت

هذه في ملكه واقام الذي في يده البيعة على مثل ذلك قضيت بها وبامها للمدعي
وذلك لانها اختلفا في الام واقام كل واحد منهما البيعة على ملك مطلق
فيها فكان الخارج اولى واذا قضى له بالام قضى له بالبيت لا تملك عند الاصل
وكذلك صوف في يدي رجل اقام رجل البيعة انه صوفه جزء من شاته
هذه وهي في ملكه واقام الذي في يده البيعة انه صوفه وانه جزء
من شاته هذه وهي في ملكه لشاة اخرى فانه يقضي به للذي هو في
يده لانها لم يتنازعا في الشاة وانما تنازعا على الصوف والجز بسبب
الملك وهو ما لا يتكرر كالولادة قال ولو اقام المدعي البيعة على الشاة
التي عند المدعي عليه انها شاته وانه جزء هذا الصوف منها في ملكه
واقام المدعي في يده البيعة على مثل ذلك فاني اقضي بها للمدعي لانها
تنازعا على الشاة واقام كل واحد منهما البيعة فيه على ملك مطلق
فكان الخارج اولى فاذا استحق الشاة استحق الصوف لانه ملك
بملك الاصل **فصل** قال واذا كان عبدا في يد رجل فادعي
رجل انه عبده ولدي في ملكه من امانة هذه ومن عبده هذا واقام
على ذلك البيعة فادعي الذي هو في يده انه عبده ولد في ملكه من
امته هذه وعبده هذا فانه يقضي به للذي هو في يده ويكون
من عبده وابن امانة ولا يكون ابن عبدا الاخر ولا امانة ولا يقضي به لانهما
لم يتنازعا في الاب والام وانما يتنازعا في الولد وقد تعارضت البيعتان
في الولادة فكان صاحب اليد اولى **فصل** واذا كان عبدا في يد رجل

فادعي رجل انه عبد اشتراه من فلان وانه ولديه ملكه لان الذي ابتاعه
منه واقام الذي في يده العبد البينة انه عبد اشتراه من فلان رجل
اخر وانه ولديه ملكه فانه يقضي به للذي هو في يده وكذلك لو
ادعي عبدا ميراثا وانه ولد في ملكه ابيه او ادعاه هبة او صدقة
مقبوضة من رجل او وصيه وانه ولد في ملك الواهب او الموصي
له او المتصدق فانه يقضي به للذي في يده وذلك لانه لما اقام البينة
على الولادة في ملك من استفاد الملك من جهته فكانه اقام البينة
على الولادة في ملكه والشئ في يده فيكون اولى **فصل** قال
ولو كان عبدي في يد رجل فاقام رجل اخر البينة انه عبد ولد في ملكه
ولم يسموا امه واقام رجل اخر البينة انه عبد ولد في ملكه من امته
هذه فانه يقضي به للذي امه في يده وذلك لانه اقام البينة
على الملك والنسب واقام الاخر البينة على الملك دون النسب
فكانت البينة التي تثبت الامر من اولى ولان احدهما استحق
الام بلامنازعة فيسلم له ولدها **فصل** ولو كانت الامة
في يد المدعي ولها ولديه في يد فاقام بينة ان الابن له ولد من امته
هذه وان الامة له واقام خارج البينة انه عبد ولدته هذه
الامة في ملكه وان الامة له فانه يقضي بالامة ولدها للخارج
لانه لم يقم واحد منهما على نتاج الامة وذلك لان المنازعة وقعت
في الامة وقد تعارضت البينتان فيها في ملك مطلق فالخارج اولى بها

فاذا

٦ - ٧
فاذا استحقها استحق ولدها **فصل** قال ولو كانت شاتان
في يد رجل سودا وبيضا واقام خارج البينة ان البيضا شاته ولدتها
السودا في ملكه وانها جميعا له واقام الذي في يده الشاتان البينة
ان السودا شاته ولدتها البيضا في ملكه وان الشاتين جميعا له فانه يقضي
لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت شهوده انها ولدت في ملكه وذلك لان
الخارج اقام البينة على النتاج في البيضا واقام صاحب اليد البينة
على ملكها فالخارج اولى واقام صاحب اليد البينة على النتاج في السودا
واقام الخارج البينة على الملك فيها فصاحب اليد اولى بهذه المسئلة ذكرها
في الدعوى على هذا الوجه ويجب ان تكون المسئلة موضوعة على ان
سز الشاتين مشكل تجوز ان تلد كل واحدة منهما الاخرى فاما اذا علم
ان احداهما اصلح ان تكون اما والاخرى لا تصلح قضي بالبينة التي تشهد
لها السن وتبطل البينة الاخرى وقد ذكر ابو يوسف في امالي انه
لا لو احدة من البينتين لانا علمنا ان احدا البينتين كاذبة لا محالة
لاستحالة ان تلد كل واحدة الاخرى واذا انتفيا كذب احدهما
ولا تعرف بعينها بطلنا جميعا **فصل** وما يلحق بهذا الباب
من مسائل الاصل اذا اختلفا في حين فاقام صاحب اليد البينة واقام
الخارج البينة فالمسئلة على خمسة فصول ان اقام كل واحد منهما
البينة ان الحين له صغفه في ملكه فصاحب اليد اولى لان عمل الحين
سبب في الملك لا يتكرر كالنتاج وان اقام كل واحد منهما البينة

ان الجبن له صنعه في ملكه فصاحب اليد اولى لان عمل الملك سبب في الملك
لا يتكرر كالنتاج وان اقام كل واحد منهما البينة ان اللبن الذي صنع هذا الجبن
منه له صنع الجبن منه في ملكه فانه يقضى به للمدعي لان المنازعة
وقعت في اللبن وقد اقام كل واحد منهما البينة فيه على ملك مطلق
فالحارج اولى وان اقام كل واحد منهما البينة ان ذلك اللبن جلب في
يديه فانه يقضى به للذي هو في يديه لان الحلب لا يتكرر وان
اقام كل واحد منهما البينة ان الجبن له صنع في ملكه من لبن جلب في
ملكه من شاته وان الشاة له فانه يقضى للحارج لان الاختلاف
وقع في الشاة وقد اقاما البينة فيها على ملك مطلق وان اقام كل
واحد منهما البينة ان تلك الشاة تحت عنده فتصير بالجميع لصاحب
اليدين لان الولاد معنى لا يتكرر **فصل** وقال في الاصل في المتنازعين
في الشاة اذا اقام كل واحد منهما بينة على النتاج فقضا القاضي
بها لصاحب اليد ثم ادعاهما اخر و اقام البينة انها ولدت عنده
فان القاضي يقضى بها له الا ان يعد صاحب اليد البينة على
النتاج فيكون اولى ولان بينة صاحب اليد لم تشع على هذا المدعي
وانما سمعت على الاصل فلا يعند بها في حق هذا ما لم تشع عليه
فصل اذا شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع جسد
من ارض فلان فاراد صاحب الارض ان ياخذ الحنطة ذكر في اكثر
النسخ انه ليس له ان ياخذ وقال في بعضها له ذلك وحدا الرواية

التي قال لا ياخذها ان الحنطة تتبع البدر ولا تتبع الارض بدلا له ان الغائب
اذا بدر الارض كان الخارج منها له فلم يكن في اصنافها ليا زرع ارضه
دلالة على الاستحقاق وجه الرواية الاخرى ومن اصحابنا من قال
هي القياس ان الحنطة اذا كانت في ارضه لا يعرف زارعها فهي لصاحب
الارض وقد ثبت ها هنا انها في ارضه فكانت له ما لم يعلم غير ذلك
فصل قال ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع هذا وهذا
التمس من نخل هذا فانه يقضى له به لانهم اضافوا الى ملكه في الحال وجعلوا
جزا من اجزا ملكه فكان اولى به قال ولو قالوا هذه الحنطة من زرع
كان في ارضه فانه لا يفضل له لان الشهادة كانت في ارضه شهادة
بيد كانت فلا يفضلها في المشهور من قولهم **فصل**
قال ولو شهدوا ان هذا جلد شاقه وهذا صوف شاته
لم يقضى لهم به لانهم لم يضيفوه الى ملكه ولكنهم اضافوه الى شيء و اضافوا
الشيء الى ملكه وقد تكون الشاة له وصوفها وجلدها الغريم اوصى له به
**باب الرجلين يدعي احدهما اكثر مما يدعيه
الاخر** قال ابو الحسن واذا ادعى رجلان دارا في يدي غيرهما
فادعي احدهما كل الدار وادعي الاخر نصفها و اقام كل واحد منهما
البينة على دعواه فانه يحكم على قول ابي حنيفة لصاحب الكل
وثلاث دار لصاحب النصف الى اخر الفصل قال الشيخ هذا
الباب مبني على ان ضرب منها ان عند ابي حنيفة ان من يدعي بسبب

صحيح يضرب بجميع دعواه ومن لا يدي له بسبب صحيح بقدر ما يصيبه
بالمزاحمة فالأولي كاصحاب العول والموصاله بالثلث والموصاله بالسدس
وغرما الميت اذا ضاقت التركة عن ديونهم والثاني مثل سلتنا ومثل
موصاله بما زاد على الثلث وقال ابو يوسف ومحمد في جميع المسائل
يضرب كل واحد بالجميع وسوا بينهما وبين العول والفرق لا في حصة
بين السبب الصحيح وغيره ان كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير
انضمام يعني اخر اليه فهو سبب صحيح وما لا يتعلق به الاستحقاق بنفسه
اضعف مما يتعلق به الاستحقاق بنفسه الا ترى ان عقد الهبة والوصية
لما لم يتعلق الاستحقاق بعقد هما حتى ينضم اليهما معنى اخر صار اضعف
من البيع الذي يتعلق بعقد الاستحقاق فلو سويتا بين السببين
في المضاربة بجميع كل واحد منهما سويتا بين السبب الضعيف
والقوي وهذا لا يصح ولا نمدعي النصف في سلتنا لدعوي
له في النصف الاخر فلم يجز ان يزاحم فيه كذا رز مختلفين ادعى
احدهما واحد منهما وبعض الاخرى وادعى الاخر الاخرى او بعضا
لم يجز ان يتضاربا في الدار التي انفراد بدعواها احدهما كذلك
هذا وجه قول ابي يوسف ومحمد ان كل واحد منهما لو انفرد استحق
جميع ما يدعيه فاذا تزاحما ضرب بما يدعيه اصله اصحاب
العول ومن اصول هذا النوع ان المتداعيين اذا ادعيا به
انصرف كل دعوي كل واحد منهما الي ما في يده فان فصلت دعواه

٤٦-٩
عما في يده انصرفت الزيادة الي ما في يده الاخر وذلك لاننا لم نحل دعواه
على ما في يده صار ممسكا لما في يده بغير حق والواجب حمل امر المسلم
على الصحة واصل الحرو وهو ان حصة صاحب اليد والخارج اذا
تعارضتا في الملك المطلق كان الخارج اولى وقد بينا هذه المسئلة
واصل اخر وهو ان التساوي في سبب الاستحقاق بوجوب التساوي
ونفس الاستحقاق واذا ثبت هذا قلنا في مسئلة الكتاب ان
المتداعيين كل واحد منهما لا يدي سبب صحيح الا ترى ان الدعوي
لا يتعلق بها استحقاق الا بانضمام معني اليها اما اقرارا وبينونة
وحكم حاكم فانقسمت الدار عند المنازعة على الدعوي فنقول
مدعي النصف لا دعوي له في النصف الاخر فانقرده مدعي
الجميع وبقي النصف الاخر كل واحد منهما يدعيه وقد اقام عليه
البينة والتساوي في سبب الاستحقاق بوجوب التساوي
في نفس الاستحقاق وكان هذا النصف بينهما فلذلك جعل
لمدعي الجميع ثلثة ارباع الدار ولمدعي النصف الربع واما على قولها
فكل واحد يضرب بجميع دعواه ولان عندهما الاسباب كلها سوا
فاحتجنا الي عدله نصف صحيح واقل ذلك اثنان فيضرب مدعي
الجميع بجميعها ومدعي النصف بسهم واحد فيكون بينهما اثلاثا
ولو كانت الدار في ايديهما والمسئلة محالها قضى لصاحب الجميع
بالنصف الذي في يده صاحبه ونزل النصف الذي في يده محاله

وذلك لان الدارين في ايديهما واليد من اسباب الاستحقاق فاذا
تساويا فيهما تساويا في الدارين فصار في يد كل واحد منهما النصف
فمدعى النصف متصرف دعواه الى ما في يد صاحبه على ما قدمنا
وقد اقام الخارج على ذلك بينة واقام عليه صاحب اليد فكان
الخارج اولى والنصف الذي في يد مدعي الجميع لا منازع له فيه
فيتزككه في يد لا على طريق القضا **باب**
الدعوى في الحايطة قال ابو الحسن واذا كان حايط بين
دارين فادعى كل واحد من صاحبي الدارين انه له دون صاحبه
فانه ينظر في ذلك فان كان عليه جذوع واحد منهما فهو لصاحب
الجذوع والاصل في هذا الباب ان لكل واحد من صاحبي الدارين
على الاخرى الحايطة من طريق الحكم بدلالة انه مستظلة بفرج
احدى اليمين على الاخرى بالعلامة كما ذكرنا في متاع البيت
واذا ثبت هذا فلنا صاحب الجذوع اولى به وقال الشافعي
هما سواء لانا ان الجذوع حمل مقصود لاجل ما تنازعا
فيه فجاز ان يترجح على من لاجل له عليه كالبيع اذا تنازعه
اثنان ولا حد بينهما عليه حمل مقصود كان صاحب الحمل اولى به
قال ولو ان لها جميعا فيه جذوع فهو بينهما نصفان وسواء
كثر جذوع احد منهما ام قدر بعد ان يكون لاجل منهما ثلاثة اجزاء
او اكثر من ذلك وذلك لانها تساويا في كون الحمل لهما على الحايطة

فلا يعتبر بالزيادة اذا كان لكل واحد منهما حمل مقصود كما لو تنازعا
في بيع واحد منهما عليه مائة مائة من الاخر خمسين ايها جميعا سواء
فيه وان زاد حمل احدهما **فصل** قال فان كان لاجل منهما
جذوع واحد او اقل من ثلاثة اجزاء وللآخر ثلاثة اجزاء او اكثر
من ذلك فهو لصاحب الثلاثة الاجزاء وما فوق ذلك ولصاحب
الجذوع الواحد والجدع من موضوع جذعه والحايطة للآخر وهذا
قول ابي حنيفة وابي يوسف رواه بشر عن ابي يوسف عن ابي
حنيفة في الاملا وهو قول ابي يوسف قال لا بويوسف وكان
في القياس ينبغي ان يكون بينهما نصفين لان في ايديهما وهذا
رواية كتاب الدعوى ان لكل واحد ما تحت خشبه وقال
محمد في كتاب الاقرار ان الحايطة كله لصاحب الخشب الكثير ولصاحب
الخشبة الواحدة ما تحت خشبه يعني حق الواضع وجه رواية
كتاب الدعوى ان وضع الخشب اذا استحق به الحايطة استحق
صاحب القليل بقدر خشبه واستحق صاحب الكثير بقدر
خشبه لسو بدخل واحد منهما في المقدار الذي وضع خشبه
عليه قال اصحابنا المتأخرون تغريبا على هذه الرواية اذا
كان لاجل واحد منهما عشر خشبات وللآخر خشبة واحدة وكل
واحد منهما على هذا ما تحت خشبه وما بين الخشبات من
الحايطة ما حكمه قال بعضهم هو بينهما نصفان لكل واحد

منهما قبض ما تحت خشبه وما بين ذلك لا يد لأحد منهما فيه فلم
يكن أحدهما أولى من الآخر كرجلان تنازعا في دار في يد أحدهما
منها بيت واحد وفي يد الآخر عشر أبيات فانه يقضي لكل واحد
بما في يديه والساحة بينهما نصفان كذلك هذا ومنهم من
قال أن ما بين الجذوع بينهما على أحد عشر لأن صاحب الخشب
الكثير استعمال الحايط الأتري أن الجذوع يعتمد على ما تحتها
وذلك يتقوى بما يليه فصار مستعملا لما يلي الجذوع كما هو
مستعمل موضع الجذوع فكذلك كان الحايط بينهما على عدد الخشب
وحد رواية كتاب الأقرار أن الخشب الكثير حمل مقصود لأن الحايط
تبنى لأجله والخشبة الواحدة ليس تحمل مقصود لأن الحايط
لا تبنى لأجله والخشبة الواحدة ليس تحمل مقصود لأن الحايط
لا تبنى كذلك فصار كغير تنازعا لا أحدهما عليه حمل وللأحراد اداة
الا أن هذه الرواية تترك خشب الآخر حالها لأن صاحب
الخشب الكثير استحق الحايط بالظاهر والظاهر لا يستحقه حقا
على الغير فلم يجز أن يلزمه صاحب الخشبة الواحدة بالظاهر
فإن قيل لو أحكت بالحايط لصاحب الخشب أن تلك الخشبة
الواحدة كما لو تنازعا بغير أحدهما عليه حمل وللآخر عليه اداة
لما حكم لصاحب الحمل بالبعير كلف صاحب الاداة أحدها قيل
له وضع الاداة لا يجوز أن يستحق في ملك البعير وإنما يستحق

٤١٨
استحقاقا موقتا من جهة مالكه فاذا لم يثبت الاستحقاق أمر بالأزالة
والخشبة الواحدة تجوز أن يستحق وضعها على التابيد في
أصل ملك الحايط إذا شرط ذلك في أصل القسمة وقد قدر
لخشب المقصود بثلاثة فضا عدا وما ليس بمقصود بما دون
ذلك لأن البينة يكن أن يسقف عليها فتبنى الحايط لأجلها
والخشبة الواحدة والخشبتان لا يمكن أن يبنى عليها فلم تكن حملا
مقصودا تبنى الحايط لأجله وجه القياس الذي رواه بشر
عن أبي يوسف أن وضع الخشب بصرفه لا معتبر فيه بالكثرة
والقلة كقوب تنازعه اثنا أحدهما ممسك بطرفه بيده
أحد والآخر ممسك لطرفه بيديه **فصل** قال
ولو كان الحايط متصلا بينا أحدهما وللآخر عليه جذوع فهو لصاحب
الجذوع إلا أن يكون الحايط متصلا بطرفه كذا قال أبو يوسف في
الأملا فيكون لصاحب الاتصال ويكون للآخر موضع جذوعه
وقال في الأصل هو كصاحب الجذوع إلا أن يكون الحايط متصلا أيضا
لا يرفع دارا ويرفع بيت وللآخر موضع جذوعه أما الاتصال
الذي جعل الجذوع أولى منه فهو الاتصال من جانب واحد وإنما يفتى
بالأصل اتصال مداخلة اللبن بعصده لبعض فاذا كان ذلك من جانب
واحد فقد قال في كتاب الدعوى أن صاحب الجذوع أولى وذكر
الحاوي أن الاتصال أولى وذلك لأن الاتصال إذا حصل الحايط المدعى

من جانب واحد فالجميع حايط واحد وقد حكمنا لصاحب الدار باستحقاق
بعضه فاستحق باقيه وهذه الرواية التي كان شيخنا ابو عبد الله يصحها
وجه رواية الكتاب لن الجذوع تصرف ظاهر والاتصال من جانب
واحد يد فصاحب المصرف اولى من صاحب اليد كما لو تنازعا راكب
الدابة والمتعلق بلجامها كان الراكب اولى واما اتصال التزبيع الذي
ذكره في الاصل وكان ابو الحسن يقول ان يكون هذا الحايط بداخل
بجانبه الحايط المتنازع وجانب كل واحد من حايطيه مداخل
الحايط الذي في مقابلة الحايط المتنازع فيه فيصير الجميع بيتا
واحدا فني كالقبة والاج فاذ احكمنا له ببعضها حكمنا له بجميعها
واما الذي ذكره ابو يوسف ان اتصال الحايط بجانبه اولى فلانه
اذا اتصل من طرفيه حايطيه فالجميع حايط واحد باتصال
حايطيه حايط له اخر ليس بشرط وان كان لو جدا كذنه للحق
وقد قال ابو يوسف على هذا في الامالي فقال لو ان رجلا اشترى دارا
ولرجل اخر دار تحت هذه الدار فاقام ذلك الرجل البيعة على حايط بينهما
ان الحايط له فاراد ان يرجع على البايع بخصته من الثمن قال لان كان متصلا
بيننا حايط المدعي وليس له بالدار المشتركة اتصال فليس للمشترى
ان يرجع على البايع بشي لان هذا الحايط اذا كان متصلا بيننا غير لم يدخل
في البيع فاما ان كان متصلا بيننا الدار المبيعة غير متصل بيننا المدعي
فله ان يرجع على البايع بخصته الحايط من الثمن لانه قد دخل في البيع

٤١٢
اذا كان متصلا الحايط الدار فلما استحق رجوع لعوضه وان كان
متصلا بحايط الدار وحايط دار المدعي فله ان يرجع بالنصف
لان نصفه دخل في البيع ولو كان متصلا بحايط الدار المبيعة وللآخر
عليه جذوع فليس له ان يرجع ولو كان لكل واحد منهما جذع فله ان
يرجع بنصف الثمن وهذا التفريع من ابي يوسف موافق رواية الكتاب
ان الاتصال من جانب واحد لا يعتد به الجذع واذا ثبت ان الاتصال بالتزبيع
يستحق بالحايط بترك الجذوع على حالهما قدما ان صاحب التزبيع استحق
الحايط بالظاهر فلا يستحق بذلك ان الريد صاحب الجذوع وليس بمنع
ان تكون الحايط في الاصل لاحدهما وللآخر عليه حق الوضع وعلى هذا قال
اصحابنا في السفلى والمعلو اذا ادعى صاحب السفلى العلو وادعى صاحب
العلو السفلى ان السفلى من هو في يده ولصاحب العلو الوضع على حاله
لا تزال يده عنه بالظاهر وليس هذا حايط بين دارين لاحدهما عليه
جذوع فاقام اخر البيعة انه له وقضا القاضي بيينة انه يامر الآخر
برفع الجذوع لانه استحق الملك بالبيعة لا بالظاهر والبيعة يجوز
ان يستحقها يد الغير قال في الاصل ولو لم يكن لاحدهما عليه
جذوع وللآخر اتصال فهو اولى به لان الاتصال يد على ما قدما وانما
قدما الجذوع فاذا لم يكن قضينا بالاتصال كما ان الراكب اولى من
المتعلق بلجام فان لم يكن راكبا فالمتعلق اولى من غيره **فصل**
قال وان كان لاحدهما عليه ستر او بنا يقران ان السترة والبنا

لاحدهما فهو لصاحب السترة والبناء وذلك لان السترة والبناء حمل مقصود
 فصار كالبعير اذا كان عليه حمل لاحدهما قال فان لم يكن عليه خشب
 لاحدهما ولا سترة وعليه حراي لاحدهما فان الحايط بينهما نصفان
 ولا يستحق بالبوازي والجوازي شيئا لانها ليست بحمل وذلك لان
 الجراي والبوازي ليس بحمل مقصود الا ترى ان الحايط لا يبنى لوضع
 ذلك عليه فلم يستحق به كما لا يستحق البعير اذا كان لاحد المتنازعين
 عليه اداة او مخللة **فصل** قال واذا كان خص من دارين
 فادعاه كل واحد منهما والقط الى احدها فهو بينهما نصفان عند ابي
 حنيفة ولا ينظر الى القط وقال ابو يوسف ومحمد يقضي بالخص لمركان
 القط الدالية القط وجه قول ابي حنيفة ان القط نفس الخص والشي
 لا يجعل وكلا على نفسه ولان المتنازعين في الخص يجوز ان يكون المالك
 جعل لخص الخص الى جان لكون مسواه من حصته فخصه او ربطته
 اذا جاز ان يكون ذلك لم يقع به ترجيح وجه قولهما ما روي دهم
 ابن قبيد ان رجلين تنازعا في خص فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم
 حذيفة بن اليمان ففرض بالخص لمركان القط وذكر ذلك لرسول الله
 صلى الله عليه وسلم فرهه والجواب ان يكون قضى بينهما او غيرها وذكر
 القط على وجه التفريق كما يقال قضا لصاحب الطيلسان فلا يدل
 ذلك على ان القضا وقع لاجل الطيلسان **فصل** وعلى هذا
 قالوا في الحايط اذا اختلفا فيه ووجه البناء واتصال اللبن والطاقتان

الى احدهما لم يكن حكم بذلك عند ابي حنيفة وقال الحايط لمركان وجه
 البناء واصاف اللبن والطاقتان لابي حنيفة ان الانسان قد يبنى
 ويجعل وجه البناء الى الطريق ولو كانا مما يستدل به على الملك لم يجعله
 الى غير ملكه ولان وجه البناء نفس الحايط والخلاف وقع فيه فلا
 يستدل على الشيء بنفسه وجه قولها ان العادة ان الانسان يجعل
 البناء الى صاحب الحايط وكذلك الطاقتان والعلامات مما يقع بها
 الترجيح **باب السفل**
والعلو وما في معناه قال ابو الحسن قال ابو حنيفة
 واذا كان سفل لرجل وعلو لآخر فليس لصاحب العلوان يحدث
 على علو بناء ولا يضع عليه جذوعا لم يكن ولا شرع فيه كنيغالم يكن
 وقال ابو حنيفة ليس لصاحب السفل ان يهدم السفل وليس
 له ان يفتح فيه كوة ولا بابا ولا يدخل فيه جذعا ولا يشرع فيه
 كنيغالم يكن قبل ذلك الا برضا صاحب العلو وقال ابو يوسف
 ومحمد له ان يفتح فيه بابا او يدخل فيه جذعا اذا لم يضرب ذلك بالعلو
 فاذا كان الشيء الذي يحدثه يضرب بالعلو لم يكن له ان يفعل ذلك وجه
 قول ابي حنيفة ان لصاحب العلو حيا الحمل في مقدار معين فلا
 يجوز الزيادة على ذلك اضربا لمجول عليه لم يضرب كمن استناجر
 بعير او يحتمل عليه قدرا معلوما لم يجز له ان يزيد على ذلك القدر
 سوا اضربا للبعير ام لم يضرب وكذلك السفل لصاحب العلو عليه

حق الحمل فلا يجوز لصاحب السفلى التصرف فيه الا برضا صاحب العلو
الحمل كما لو اراد موجرا للبعير ان يدرعه او يخرج جراحة لا تضرم
ولا نال وجوزنا السير لحوزنا مثله فادي ذلك الى الكثير الذي
يضر فوجب ان يمنع من اصله وجه قوله ان السفلى ملك
لصاحبه وانما يمنع من التصرف لئلا يضر حقوق غيره فيما لا يضر
من التصرف لا يمنع منه كما لا يسكني فذلك صاحب العلو لا يمنع من
الزيادة التي لا تضرك كما لا يمنع وضع المتاع واتحاد الاهل واحضار
الاصناف **فصل** قال واذا كان حايط بين دارين لكل
واحد من صاحبي الدارين فيه جذوع فانهدم فصارا اذا احدهما ان يقسم
تخرصة الحايط فلا تكون القسمة الا عن تراض منهما جميعا بالقسمة لان
لكل واحد منهما حق الحمل وليس للاخر ان يبطل حقه من ذلك والاصل
في هذا ان هذه العرصه قد تعلق بجميعها حق لصاحب الجذوع فلو
قسمت بغير رضاه سقط حقه عما يحصل لشريكه وذلك لا يجوز
واما اذا لم يكن على الحايط جذوع وجب القسمة لانهما بقعة مشتركة
ليس في قسمها ابطال حق واحد الشريكين فوجبت القسمة **فصل**
قال وان كان في سفلى لرجل وعليه علو لغيره فانهدما فانه لا يجبر صاحب
السفلى على البناء في قول اصحابنا جميعا ويقال لصاحب العلو ابن السفلى
اسس وابن عليه علوك فان فعل ذلك فله ان يمنع صاحب السفلى
من سكناه حتى يودي اليه قيمة البناء مبنيا وانما قلنا انه لا يجبر على البناء

١٩٤
لان السفلى ملك له يتفرد به فلا يجبر على عمارة ملكه لينتفع غيره
به وليس كذلك اذا هدم صاحب السفلى السفلى انه يجبر على
اعادته لانه ابطال حق غيره بفعله فصار كما لم يولد اذا قتل عبده
وعليه دين او هو رهن يجب عليه قيمته ليقمها بمقام المقتول
وليس هذا كما لبير المشترك والدلاب ان كل واحد منهما يجبر على
عمله لان على كل واحد منهما ضرر في تركه وله فيه نفع وهو مشترك
بيتهما فصار كما لعبد المشترك اذا امتنع احدهما من الانتفاع عليه
واذا ثبت انه لا يجبر على البناء قبل لصاحب العلو ان شئت فابن
السفلى والعلو من مالك وذلك لان له في البناء السفلى حتى لا يتصل
اليه الا بالبناء فاذا رضى بذلك لم يكن لصاحب السفلى منعه منه وصار
كمستاجر البعير اذا بدل ان يعلقه وله حرمة لم يكن لصاحبه منعه
من ذلك وانما قلنا انه يمنع صاحب السفلى من الانتفاع به حتى
يرد عليه لان العرصه وان كانت على ملكه فلصاحب العلو فيها
قيام وهو البناء فلم يمكن له ان ينتفع بها كثرة لرجل وقع في صبغ
اخر ليس لصاحب الثوب ان ينتفع به حتى يودي قيمة الصبغ
واختلفت الرواية فيما يرجع به فقال في الدعوى يرجع بقيمة
البناء وقال الحضاف في كتاب النفقات يرجع بما اتفق وجه
رواية الدعوى ان العرصه لصاحبهما ولصاحب العلو فيها
مال فلم يجز له الانتفاع حتى يودي قيمته ماله الثوب الذي فيه

صنغ لغير مالكة يجب عليه ان يودي قيمة ما زاد الصنغ فيه وجه
الرواية الاخرى ان صاحب العلوما دون في الاتفاق من طريق الحكم
فيرجع بما انفق كالأب والوصي اذا انفقا على مال الصغير وكذلك
الحايطة كور الدار من اذا سقط لم يجبر واجد منها على بناءه ولا قسمة
عرصته اذا كان لها عليه خشب حتى يتفقا على قسمة اما القسمة
فقد بينا انه لا يجبر عليها اذا كان على الحايطة خشب واما البناء
فلا يجبر ان عليه لان التخلص من ضرر الشركة يمكن بالتراضي
بالقسمة وهذا اذا لم يهدمه احدهما فان هدمه احدهما اجرم
الحاكم على اعادته وان طلب صاحب الخشب قسمة واما الاخر
اجبر على ذلك لان المنع من القسمة لحق صاحب الخشب فاذا
طلبها فقد رضي باسقاط حقه فصار الحايطة كان لا خشب عليه
قال فان بني الحايطة احدهما ولها عليه خشب فللثاني ان يمنع
الاخر من وضع خشبه في الحايطة حتى يعطيه نصف قيمة البناء بنيا
وهذا مثل السفلى والعلو وذلك لان لصاحب الخشب حق الحمل فاذا
اتفق على ملك غير ليس له حقه لم يمنع منه كاذكرنا في السفلى
ومنع الاخر من وضع الخشب عليه لان البناء ملكه فلم يكن للاخر
الانتفاع به الا بعد رد النفقة وذكر عن ابي يوسف في الاملا
ان السفلى في يد صاحب العلو بمنزلة الرهن وهذا انما يعني به
في منع مالكة من الانتفاع به كما يمنع من الانتفاع بالـ رهن

باب الدعوى

باب الدعوى في الطريق

والمسئل قال ابو الحسن واذا كان لرجل باب من داره في دار رجل
فاراد ان يمر في داره من ذلك الباب فمنعه صاحب الدار فله ذلك
ولا يستحق صاحب الباب ببابه طريقا في دار غيره الا ان ياتي
بشاهد ان يشهد ان انه طريق له ثابت فيها والا صل في ذلك ان يدعي
حقا في ملك غيره ومن ادعى ما في يد غيره لم يقبل قوله ولا نفتح الباب
من حايطة لا يستحق به حقا في ملك غيره الا ترى ان كل واحد
يمكنه ان يفتح بابا فيستطرق به ملك غيره وهذا لا يصح واما
اذا اقام بينة استحق لانه ادعى خلاف الظاهر واقام البينة
قال فان جاشاهد ان يشهد ان انه كان يمر فيها من هذا الباب
فانه لا يستحق هذه الشهادة شيئا لان هذه شهادة بيد كانت
وقد بينا ان الشهادة بيد كانت لا يتعلق بها الاستحقاق قال
واذا شهد وانه طريق ثابت فيها جازت شهادتهم وان لم يجدوا
الطريق وان لم يسموا دراعا عرضا ولا طولا ولا حدودا بعد ان
يقولوا ان له طريقا وقد تكلم اصحابنا في هذا الفصل فقالوا
هذا محمول على ان الشهود شهدوا على اقرار الخصم بالطريق
فيجوز شهادتهم لان الاقرار بالمجهول جائز فاما اذا شهدوا
شهادة انفسهم لم يقبل حتى يثبتوا موضع الطريق من الدار
ومعدان ومن اصحابنا من قال ان الشهادة مقبولة في الوجهين

مطل

لان الجمالة تؤثر في الشهادة لان الحكم لا يمكن بالمجهول فاما اذا امكن
الحكم فثبتت الشهادة والطريق موضعه بين البابين ومقداره
عرض الباب فصار معلوما وان لم يثبتوه فلذلك قبلت الشهادة
عليه وهذه الطريقة اشبه بما ذكره في الكتاب وقد زاد محمد
علي هذا فقال في الاصل وان لم يجد والطريق فهو اجوز للشهادة
فاغراض على هذا بان قيل الامر بالعكس مما قال اذا احدى
الطريق فهو اجوز لان الجمالة ترتفع بالشهادة وقيل في معني
ذلك ان من الناس من قال لان الطريق يتقدر بسبعة اذرع
فاذا شهد ما دونه ابطال الشهادة واذا ذكر طريقا من جملة
كل حاكم على مذهبه قال ولذلك لو قالوا مات ابو وترو هذا
طريقا ميراثا له ولم يسموا طول له ولا عرضه ولا حدوده وذلك لان
الطريق حق عليك بالارث فاذا شهدوا بانتقاله بذلك صار
كشهادتهم بالميراث في سائر الاماكن **فصل** قال واذا كان
الميزاب في دار رجل فاراد صاحب الميزاب ان يسيل فيه الماء فنع
صاحب الدار فله ذلك حتى يقيم البيعة ان له في هذه الدار
مسيل ما وذلك لان المدعي يدعي حقا في دار غيره فلا تقبل دعواه
فيه ولان الميزاب في ملك نفسه فلا يستحق به حقا على غيره
وذكر ابو الليث عن المتأخرين من شيوخنا خراسان انهم قالوا
يستحسن في هذه المسئلة اذا كان الميزاب قدما وكان تقوى

السطح

السطح الي دار جاره وعلم ان التصويب قد تم ليس يحدث ان يجعل له
حق المسيل لان هذه علامة شاهدة بدعواه واقامة البيعة على ذلك
تتخذ في العادة وقد ذكر محمد في كتاب السرب في نهر في ارض رجل
ورجل اخر ليسيل فيه الماء فاختلغا في ذلك ان القول قول صاحب المال
لان الماء اذا كان جاريا فهو يدعي النهر ويصرف بالقول قول صاحب اليد
واما في مسيلنا فالاختلاف وقع وليس في الميزاب ما فلا بد فيه للمدعي
واما اذا اقام البيعة ان له في الدار حق مسيل قبلت البيعة لانه اثبت
حقا لنفسه في ملك غيره وهذا حق يتعلق بالنفقة على التابيد فهو
كملك النفقة قال وان اقام البيعة فشهدوا انهم قد راوه يسيل
فيه الماء فليس هذه الشهادة بشي ولا يستحق بها حقا ولا شيئا حتى
يشهدوا ان له مسيل ما فيها من هذا الميزاب لان الشهادة بتسيل
كان كالشهادة ببيد كانت فلا تقبل قال وان شهدوا انه لما المطر
فصولا المطر فهو جائز وان شهدوا ان له مسيل دائم للغسل
والوضوء لما المطر فهو جائز وان شهدوا ان له مسيلا ولحم
ينسبوع الي شي مما سميناه بالقول قول رب الدار الذي جدد ذلك
مع بمينه فان قال هذا هو لما المطر فهو كما قال وان قال هو للوضوء
فهو كما قال بعد ان تحلف على ذلك لان حق المسيل يختلف
فان كان لما المطر فهو خاص في زمان مخصوص ولو كان للوضوء فهو
عام في سائر الا زمان فوجب ان يرجع في ذلك الي ما بينه الشهود

فان ذكر وامسلا مطلقا ولم ينسبوه الى شي مما سمينا فالقول قول
رب الدار الذي جحد ذلك مع يمينه وذلك لانهم شهدوا الحق معلوم
في نفسه وان كان ~~تقصيته~~ بمجهوله فصاركما لو شهدوا انه غصبه
ثوبا جازوا ان لم يبينوا صفته ولا قيمة ويرجع الى قول رب
الدار لانه المستحق عليه وقد ثبت عليه حق بحصول الصفة
فالقول في نفيه قوله قال فان لم يكن للمدعي بينة استخلف صاحب
الدار على ذلك فان ^{حلف} يري من الدعوي وان نكل لم يثبت الدعوي
وانما وجبت اليمين لاننا جعلنا القول قوله فيما يلزمه فيه
لخصومة ويصح بدله فان حلف فقد قطع الخصومة بيمينه
فان نكل في اليمين لان النكول عند اي حنيفة بدل وهذا حق
يصح بدله وعندهما انه قائم مقام الاقرار والقرار يصح به
فصل قال واذا كان مسيل ما في قناة فاراد صاحب
القناة ان يجعله ميزابا فليس له ذلك الا ان يرصني بذلك
اهل الدار الذين عليهم المسيل وكذلك لو كان ميزابا فاراد ان
يجعله قناة فليس له ذلك الا ان يكون عليه في ذلك ضرر
بين فله ان يجعله وذلك لان القناة يسيل الماء فيها مع قدر
الحايط فاذا جعله مكانها ميزابا سال في وسط الدار وكان
القناة لا يفيض الماء منها والميزاب اذا ازاد الماء فيه فاض في
جنباته ولانه ينصب في هو الدار ما لم يكن واما الميزاب

مطلوب

مطلوب

فلا جعل قناة لانه يحتاج الى حفر الحايط ليركب القناة فيه وحكي عن ابي
الحسن انه قال هذا اذا اختلف الامر ان فاما اذا تساوى في الضرر
لا يمنع منه ومن اصحابنا من قال هذا التفصيل موضوع على ان له حق
المسيل فاما ان كان يملك البقعة التي تسيل فيها فله ان يتصرف في ملكه
كيف شاؤ وبغير كاي شاقا قال وكذلك لو جعل ميزابا اطول من ميزاب
او اعرض لانه اذا طول الميزاب جري الماء في غير البقعة التي كان يجري
فيها واذا عرضه حمل من الماء اكثر مما كان يحمل قال وكذلك لو اراد ان
يسيلوا ما سطح اخر في ذلك الميزاب لم يكن لهم ذلك لان الحق ثبت
في مقدار معلوم فلا يجوز ان يضموا اليه غير ويزيدوا فيه قال
وكذلك لو اراد اهل الدار ان يبنوا حايطا ليسدوا مسيله
لم يكن لهم ذلك لان الحق ثبت عليهم فلا يجوز لهم استقاطه قال ولو ارادوا
ان يسفلوا الميزاب عن موضعه او يرفعه لم يكن لان هذا تغيير للحق
عن مكانه الى غير ومن ثبت له حق بصفه فليس له ان يغير عما
ثبت عليه قال ولو بنا اهل الدار بيتا فليسيل ميزابهم على ظهره
كان لهم ذلك لان له حق المسيل فلا فرق بين ان يجري في وسط الدار
او على ظهر البنا قال وليس لهما ان يسوا في ساحة الدار اذا كان
لرجل فها طريقا يقطع عليه طريقه ينبغي لهما ان يتركوا من ساحة
الدار عرض باب الدار ويبنونا ما سواه وذلك لانهم اذا استغروا
العرصة بالبنا بطلت حق الطريق وليس له ابطاله فاما اذا تركوا

له مقدار عرض باب الدار فهذا هو القدر الذي يثبت حقه فيه
وما زاد عليه لاحوله فيه فلا يمنعون من بنايه والتصرف فيه
كتاب دعوى النسب
قال ابو الحسن من كان العلوق منه في زوجته او امته يثبت نسب
الولد منه ولم يكن له ان ينفيه اذا اقر ان العلوق منه فان لم يكن
العلوق منه باقراره فله ان ينفيه من نفسه باللعان في الزوجة
وبالقول في الامة فان كان الزوجان ممن لا لعان بينهما ينتف الولد
على حال وان اجمعا على نفيه والاصل في هذا الباب ان الاسباب
التي يثبت بها النسب على ثلاثة اضرى بعضها اقوي من بعض
اولها النكاح وما في معناه من النكاح الفاسد وشبهته النكاح
والثاني فراش ام الولد والثالث الوطي بالملك وشبهته الملك
فاما النكاح والنسب يثبت به لقوله صلى الله عليه وسلم الولد
للفراش والفراش الزوج ولا يبتغي الا باللعان لان النبي صلى الله عليه
لا عن بين الزوجين والحق الولد بالام فدل على ان الولد ينتفي باللعان
ولان النسب اذا ثبت بالفراش فالزوج لا يملك نقل الفراش بقوله
فكذلك لا يملك نقل ما تعلق به من النسب بقوله وهذا الا خلاف
فيه واما النكاح الفاسد والشبهة فيهما في حكم النكاح الصحيح
في وجوب المهر والعدة فكذلك النسب واما ام الولد فيثبت
نسب ولدها وان لم يدعه كما يثبت نسب ولدا الزوجة لانها صارت

يعلم

فراشا

فراشا بالاستيلاء بدلالة ان الفرقة اذا وقعت بالموت او بالعق
وجبت العدة ولا خلاف في هذا واما الامة فلا يثبت نسبها الا
بالدعوى وقال الشافعي اذا اعترف بالوطي يثبت النسب وان لم
يدعي لنا انها لو صارت فراشا بالوطي صارت فراشا بالنسب المبيح
له كالتكاح ولانه لو ست لها فراش وجب بزواله عده ذات عدد
كام الولد فلما لم يجب بزواله عده دل على انه لا فراش لها ولا يقال
انه يجب عليها حيضة لان ذلك ليس بعده وانما هو استبراء اثره
ان العدة لا تكون الا ذات عدد ولان هذه الحيضة لا تجب لزوال
الفراش وانما تجب لبيحها المشتري الوطي واما قوله
صلى الله عليه وسلم في قصة ابن وليدة ربيعة لما قال له عبد بن ربيعة
اخي ولد علي فراش لي هولاك يا عبد الولد للفراش وللعاهر
الحجر فان معناه هو ملك لك ملك وانما يلحق الولد بالفراش
بدلالة قوله صلى الله عليه وسلم واحتجى عنه يا سودة فانه
ليس باخ لك ولو ثبت شبهه من ايها كان اخا لها والذي
روي جابر بن عبد الله ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه مر على خادم
يستقي مع الرجال فقال انها ان جات بولد الزمته اياه فيجوز
ان يكون لام ولد بدلالة ان النسب لا يثبت بمجرد الملك وانما يثبت
عند ما نسب غير مذكور وهو الاعتراف بالوطي وعندنا يثبت
النسب وقد روي عن عمر خلاف هذا روي ان جارية له جات بولد

قادت انه من عمر فقال عمر لا يلحق بال عمر من ليس منهم فاعترفت
لجارية ان الولد من فلان الراعي وروى ان زيد بن ثابت جات جاريته
بولد وكان يطاها فتقاه وقال كنت اعزل عنها وانما كنت اطاهها
لنستطيب نفسها وعن ابي سعيد الخدري نحوه واذا ثبت ان
نسب ولدها لا يثبت الا بالدعوى لم يحتج الي نفيه فاما ام الولد
فتتفى بسبب ولدها بقول المولى وذلك لانه بملك نقل فراشها
الي غيره بفعله ان زوجها فكذلك بملك نسب الولد المتعلق
به وليس كذلك الحرم لانه لا يملك نقل فراشها بفعله فكذلك لا يملك
نقل نسب ولدها بفعله واما شبهة الملك فلا تثبت النسب
فيها الا بالدعوة لانه معتبر بالملك كما ان شبهة النكاح ويعتبر
في النسب بالنكاح ويعتبر في النسب بالنكاح واما اذا اقر
بأولاد في الوجوه كلها لم يملك نفيه لانه حق ثبت باعترافه فلا
بملك الرجوع عنه كالدين ولانه اكد من الدين بدلالة انه اذا
ثبت لا يلحقه الفسخ فاذا كان الدين المعترف به لا يملك نفيه
عن نفسه فالنسب اولى ولا يقال ان النسب في ولد الزوجة
ثبت بالفراش وينتفى باللعان فكذلك اذا ثبت باقراره وذلك
لان ثبوت الشئ بالاقرار يخالف ثبوته من طريق الحكم بدلالة
ان من اقر بعبد في يده لرجل فلم يسلمه اليه حتي استحق من يده
ثم ملكه وجب عليه تسليمه الي المقر له ولو ابتاع رجل من رجل

عبد فاستحق من يده البايع ثم ملكه المشتري من جهة المستحق
لم يثبت عليه تسليمه الي البايع وان كان دخوله معه في البيع اعترافا
له بالملك حكما فذلك علي ان ثبوت الشئ تصرح بالاقرار يخالف ثبوته
من الحكم فاما اذا كان الزوجان ممن لا لعان بينهما لم ينتف بنسب
الولد لان النسب يثبت بالفراش وانما ينتفى باللعان فاذا تعذر
اللعان بقي النسب بحاله واما قوله وان اتفقا عليه فان النسب
حق الولد فلا ينتفى بقول الابوين كما لا يسقط ساير حقوقه بقولهما
واما العلوق اذا كان عن نكاح فاسدا وشبهة نكاح يثبت
نسب الولد ولم يحزن نفيه على حال وذلك لما بينا ان هذا معتبر
بالنكاح الصحيح في ثبوت النسب فلا ينتفى الا باللعان وقد بينا
في النكاح ان اللعان يثبت في النكاح الفاسد وضاركا لنكاح الصحيح
اذا تعذر فيه اللعان لم ينتف النسب **باب**
دعوة اللقيط قال ابو الحسن واذا كان صبي منبوذ
ليس في يد احد فادعاه رجل حرم مسلم انه ابنه فهو ابنه وهذا
استحسان والقياس ان لا يثبت وجه القياس انه حق يدعيه
لنفسه ولا يثبت بدعواه كساير الحقوق وجه الاستحسان
ان هذه الدعوى في معنى الاقرار لانه اقر على نفسه بحق الحفظ
والنفقة فاقراره على نفسه جائز ولان في اقراره منفعة للصبي
لانه يحتاج الي النفاذ والحفظ والنفقة فالرجل غير متم في

وعواه فلذلك قبلت **فصل** قال وكذلك اذا ادعاه
رجلان في قولنا جميعا ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقال
الشافعي لا يثبت نسب الولد الا من واحد لما روي سمان عن
حبيس بن رجلين وقعا علي جارية في طهر واحد فغلقت الجارية
فلم يد ر من ايها فانتيا عمر تختصمان في الولد فقال عمر ما ادي كقف
اقضي في هذا فانتيا عليا فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقي
منهما وروي الشعبي عن ابن عمر ان رجلين اشتركا في طهر امرأة فولدت
فدعا عمر بالقافة فقالوا اخذ الشبه منهما جميعا بينهما وعن سعيد
ابن المسيب ان نقر من التجار وقوا علي جارية بينهم في طهر واحد
فاستتم حملها فانوا بها عمر فدعا بالقافة فقال كلكم قد نزل فيه
ليس فقال ليس الله عليكم برثوقه ويرثكم ولانه نوع نسب لو تفرد
كل واحد منهما بالدعوة لثبت النسب منه فاذا ادعيا وتساويا
جازان يثبت منهما كالا بوي ولا منهما تساويا في نسب الاستحقاق
فتساويا في نفس الاختفاق كالا ملاك **فصل** فان ادعاه
اكثر من اثنين فانه اسهم جميعا في قولنا ابي حنيفة وزفر كما قال
في الامه تكون بين جماعة وقال ابو يوسف لا يثبت من اكثر من اثنين
وقال محمد لا يثبت من اكثر من ثلاثة قال ابو حنيفة وزفر يثبت
النسب من الجماعة ولم يقدر واو قال ابو يوسف استحسن في
الاثنين للجبر ولا اثنين من ثلاثة وروي مجلي عن ابي يوسف انه يثبت

من خمسة

من خمسة

من خمسة وقال محمد يثبت من ثلاثة ولا يثبت اكثر من ثلاثة ذلك
وجه قولنا ابي حنيفة انهم تساوا في سبب الاستحقاق فتساوا
في الاستحقاق كالملك وجه قولنا ابي يوسف ان القياس ينبغي ثبوت
نسب الولد من اكثر من واحد وانما ترك العاسر لما روي عن الصحابة
فما سواه منفي على اصل القياس وجه قول محمد ان الحمل الواحد من
ثلاثة والولد الواحد حمل واحد فجاز ان يكون من ثلاثة وجه رواية
معلي عن ابي يوسف ان الحمل الواحد اكثر ما صح عنده انه وجد خمسة
فاذا جاز ان يكون كل ولد من واحد جاز ان يكون الولد لـ واحد من خمسة
اشتركوا فيه لانه حمل واحد **فصل** قال فان التقط المنبوذ
رجل فادعاه فهو ابنه ولا تقبل دعوي غيره فيه اذا كان الذي هو
في يده يد عليه مع دعوي غيره معا او قبل دعوي غيره فهو
ابن الذي هو في يده وذلك لان الذي في يده اذا سبق يد عواه
يثبت نسبه منه علي ما قدمنا فدعوي غيره بعد ذلك في ولد
ثابت النسب لا تقبل واما اذا ادعيا معا فقد تساويا في الدعوي
ومع احديهما يد وقول الانسان فيهما في يده مقبول وقول غيره لا يقبل
فيه وكان صاحب البداوي **فصل** قال فان ادعاه غير الذي
هو في يده ولم يدعه الذي هو في يده فهو ابن المدعي صدقه الذي
هو في يده او كذبه وقد كان القياس ان لا يقبل يد الخارج فيه لانه
ليس بحق بدعواه يد غيره فلا يقبل كما لو اراد اخذ ليحفظه وانما

استحسنوا ان يد الملتقط يد ضعيفة بدلالة ان الحاكم ازالها وتسليمه
الي غيره اذ اراي في ذلك صلاحا ودعوي الخارج فيها زيادة حق للصغير وهو
وجوب الحضانة ويد الملتقط لا تتعلق بها وجوب الحضانة فكان لا نفع
للمدعي اولى **فصل** وليس كذلك اذا اراد الخارج اخذ من غيره
ان يدعي النسب لان اللقيط في حكم المباح الذي يجوز لكل واحد اخذه وامساكه
فمن سبق به اليه كان اولى به كسائر المباحات **فصل**
قال واذا سبق الذي هو يد يد بالدعوة او الخارج فهو المدعي الاول
منهما ولا تقبل دعواه فيه بعد الدعوة الاولى ان لا يقوم للاخريته انه
ابنه فيكون ابن الذي اقام البينة دون المدعي واذا كان دعوي المدعي قبل
البينة فالبينة اولى فيكون ابن الذي اقام البينة وتبطل دعوي المدعي
وذلك لما بينا ان السابق بالدعوة يثبت النسب منه فلا يقبل دعوي
الاخريته فاما اذا اقام البينة فقد قابلت البينة الدعوي فالبينة
اولي منها الا ترى ان صاحب اليد في المال محكوم له حكم الملك فيه
من طريق الظاهر ولا يمنع ذلك استحقاق الخارج له بالبينة فذلك
حكمنا بالنسب بالدعوي فلا يمنع استحقاقه عليه بالبينة
فصل قال فان ادعاه رجلان خارجا ليس اللقيط
في يد واحد منهما واعطى احدهما علامة في بدن اللقيط فوجدت
العلامة يدل على سبق به اليه فكان اولى به فلان العلامة تنزج
بها الدعوي بدلالة متاع البيت ولان المدعي للقيطه اذا وصف

٤٨
علامة فيها وسع الملتقط من طريق الدين ان يدفعها اليه فدل
على ان الحكم متعلق بها في الاصول فكان ابو الحسن يقول ان وافق
بعض العلامة خالف بعضا سقط الترجيح بالعلامة لانه ليس
الرجوع الي الموافقة اولى من الخالفه فسقط **فصل**
قال ولو ادعي احدهما اللقيط وقال هو ابني وهو غلام فاذا هو جارية
فاني لا اصدقته على ذلك ولا اقبل دعواه لا ما سنا كذبه فيها يدعي
والدعوي الكاذبة لا يلتفت اليها **فصل** قال ولو ادعي
اللقيط رجل فقال هو ابني من زوجتي هذه وهي حرة او امة فصدقة
المرأة فهو ابنها جميعا وذلك لان الحق لها وقد اتفقا عليه ولان المرأة
لا يقبل قولها في النسب لحق الزوج فاذا تضاد قاثبت ولم يبين
ابو الحسن اذا كانت الزوجة امة ما حكم اللقيط وهي مسألة
منصوصة قال ابو يوسف يكون الولد مملوكا لمولي الامة
وقال محمد يكون حرا وجه قول ابي يوسف ان النسب لما ثبت صار
ولدا مته وولد الامة لا يكون حرا الا باعتناق من المولي او بالغرور
ولم يوجد هاهنا اعتناق ولا غرور فوجب ان يكون رقيقا على حاله
وجه قول محمد ان العبد يصدق في ثبوت نسب اللقيط لما
للقيط في ذلك من المنفعة فلا يصدق في الرق الا ترى ان دميالو
ادعاه ثبت النسب ولم يصدق على الدين فكذلك ههنا **فصل**
قال واذا ادعي اللقيط امرأة انه ابنها وهي حرة او امة لم يصدق على ذلك

حتى يقيم بينه انها ولدته فان اقامت امرأة واحد علي الولادة قبل ذلك
منها اذا كانت الشاهدة حرة عدلة وذلك لان المرأة اذا ادعت النسب
حملته علي صاحب الفراش وقولها غير مقبولة في الحاق النسب بغيرها
ولان النسب ثابت منها بالولاد وذلك معني يطلع عليه غيرها فلا
يثبت بقولها واما اذا شهدت امرأة بالولادة فالولادة تثبت
بشهادتها ثم يثبت النسب من صاحب الفراش بالفراش **فصل**
قال وقال في كتاب اللفظة اذا وجد اللقيط بالكوفة فادعاه رجل
من اهل الذمة انه ابنه فانه لا يصدق في القياس لان اللقيط
حر مسلم ولكني استحسن ان يكون ابنه ويكون مسلما وهذا القياس
ليس هو قياس الاصل في ان لا يثبت بسبب اللقيط بالدعوي وانما
هو قياس اخر وجهه ان اللقيط الموجود في مصر المسلمين
محكوم باسلامه ودعوي الكافر نسبة تقتضي ان يلحقه في دينه
فلا يجوز ان ينقل الاسلام المحكوم به وانما استحسنوا لان ثبوت
النسب فيه نفع وثبوت الكفر فيه ضرر واحد الامر ينفر
عن الاخر فثبت ما فيه نفع الصغير ونسقط ما فيه الضرر
وليس يمنع ان ينفر الولد عن ابويه بالدين مثل ان يسي
وبما في دار الحرب فيحكم باسلامه وان يثبت نسبه من كافرين
وهذه المسئلة علي اربعة اوجه اذا التقط المسلم لقيطا من
موضع للمسلمين فهو مسلم في الروايات كلها فان كان الواجد دميّا

وجده في مكان اهل الذمة كالبينة والكنيسة او فرسه اهل
الذمة فهو علي دين اهل الذمة فان كان الواجد مسلما ووجه في مكان
اهل الذمة او كان الواجد ذميا ووجه في مكان اهل الاسلام ^{تخلقت}
الرواية فيه قال في كتاب اللقيط اذا وجد في مكان اهل الذمة
فهو علي دينهم فاعتبر المكان ولم يعتبر الواجد وذكر بن سماعه عن محمد
ان المعتبر الواجد قدر المكان فان كان اللقيط زي اهل الاسلام
او زي اهل الكفر فالمعتبر الزي دون الواجد والمكان وجه رواية
كتاب اللقيط في اعتبار المكان ان المعتبر الظاهر والظاهر ان اهل
الذمة لا يلتقون اولادهم في المساجد وفي مواضع المسلمين والغالب
ان المسلمين لا يلتقون اولادهم في البيع فاعتبر الظاهر من الامرين
سر ذلك ان لقيطا لو وجد في دار الحرب لم يحكم له بحكم الاسلام
لان ظاهر البقعة الكفر كذلك هذا وجه الرواية الاخرى انه
اجتمع فيه سببان المكان والواجد واحد السببين يقتضي الاسلام
فكان اولى لقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام بجلوا ولا يعلا وماك
المسلمون يد علي من سواهم ولهذا لو كان احد الابوين مسلما حكم للولد
بحكمه وان كان الواجد كافرا في موضع المسلمين فلان اللقيط كالسابع
للو احد لانه في حكم المباحات التي تستحق بسبق اليد فسمع الواجد
وليس سمع ان يحكم له بحكم الاسلام اذا انفرد فاذا ثبتت عليه يد لم
لم يحكم له بذلك كالمسبي اذا كان معه احد ابويه واما وجه اعتبار الزي

فان السيماء الذي يستدل بها علي الخالق قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم
لا يسألون الناس الخافوا لان اليهود لهم علامة تختصون بها وكذلك
النصارى فاذا وجد في الصبي زي المسلم لم يعتبر المكان كالبالغ اذا
كان في موضع الكفار عليه زي المسلمين ومتى كان على الصغير زي
الكفار كالكبير اذا كان في دار الاسلام عليه زي الكفار
فصل قال عطاء علي مسئلتنا لزي الذي اذا ادعي اللقيط فان
اقام بيعة من اهل الذمة لم تقبل فان كانوا من المسلمين قبلت وانما
نعني ان البيعة لا تقبل في نقله عن دين الاسلام فاما النسب فتثبت
بالدعوي وانما لم تقبل البيعة لانه محكوم باسلامه في الظاهر
وشهادة الذمة لا تقبل على المسلمين واذا كان الشهود من اهل
الاسلام فتقولهم مقبول على جميع الناس فيثبت النسب ويلحق
بالكافر في الدين وكان ابو الحسن يقول المسئلة موصوغة علي ان
اللقيط في يد مسلم لا يدعيه فلا تقبل شهادة اهل الذمة في
استحقاق يد مسلم وتقبل شهادة المسلمين في استحقاقه يده
والصحيح ان يكون الفرق ما ذكرناه لان محمدا ذكر في كتاب الدعوي
في اللقيط اذا كان في يد مسلم لا يدعيه فادعاه مسلم وذمي واقام المسلم
بيعة من اهل الذمة والذي بينه من اهل الاسلام ان المسلم اولى به
فاستحق يد الملتقط المسلم بشهادة اهل الذمة **فصل**
وقال ابن سماعه عن محمد في النواذر في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه

نصراني قال فهو ابنه وهو مسلم وان كان عليه زي الاسلام فاني لا جعله
مسلمًا واثبت نسبه من النصراني لان ذلك لا يضربه وينفوق عليه
قال وان كان عليه زي الشرك فهو ابنه وهو نصراني على دينه
وذلك مثل ان يكون في رقبتة صليب وعليه قميص حجاج
ووسط راسه تجزوز وهذا علي ما بينا عن محمد ان المعتبر الذي
اذا اختلف حكم المدعي والمكان قال فان التقط الذي نفسه
صبيا وزيه مشكل فادعاه النصراني فانه على دينه وهو
ابنه اذا ادعاه ولا انظر في ذلك في الموضع الذي وجد فيه
ان كان مسجدا او غيره انما هو لمن التقط وادعاه وهذا علي ما قدمنا
عن محمد ان المعتبر مع عدم الدلالة الذي الواحد دون المكان
فصل وقال محمد في كتاب اللقيط واذا وجد اللقيط بالكوفة
او في مصر من امصار المسلمين فادركا فانه محبس وتجبر
على الاسلام لانه وجد في مصر من امصار المسلمين فاستحسن
ذلك وذلك لانه لم يلزم الاسلام بنفسه وانما جعلناه مسلما
من طريق الحكم فلم يستحق القتل بالرجوع عنه على هذا قالوا
في اولاد المسلمين اذا بلغوا كفارا لم يقتلوا ولكنهم يحبسون حتي
يرجعوا الي دين الاسلام كالمراة لانهم يلترتمون بانفسهم فلم يبالغ
في عقوبتهم بتركه قال واذا وجد اللقيط في كنيسة او بيعة او في
قرية ليس فيها الامشرك فانه بمنزلة اهلها فان ادركا فاما اجبر

على الاسلام وذلك لانه محكوم بكفره تبعا للبيعة فصار كسابر اولاد
الكفار اذا بلغ علي دينهم لم يجبر على الانتقال عنه قال فان التقط
مسلم منها لقيط كان عند المسلم بزيه ثم ادعاه رجل من اهل تلك
القرية من الكفار فاني اجيز دعواه ولومات قبل ان يدعيه لم
اصل عليه لكان الذي لصا به فيه وذلك لانا حكمنا بانه من اولادهم
حين وجد في قريتهم او مصلاتهم واولاد الكفار لا يصلي عليهم واذا
كان منهم في الظاهر فادعاه كافر ثبت نسبه منه ولحق به في دينه
كافي حق المسلم اذا ادعى اللقيط المسلم فانه يتبعه في دينه قال
واذا وجد الذي لقيط في مصر من امصار المسلمين او وجد اللقيط
في قرية فيها فكان في يديه حتمات بزيه فانه ينبغي للمسلم ان يصلوا
عليه لانه وجد في مصر من امصار المسلمين وهذا صحيح لان الظاهر
انه من اولاد المسلمين واذا حكم باسلامه صلى عليه قال واذا
وجد اللقيط في قرية فيها مسلمون وكفار فوجد مسلم فكان في
يده حتمات فاني استحسن ان اصلي عليه لانه لما فئسا وا في البيعة
حكم الاسلام والكفر كان الحكم للاسلام كالصبي اذا كان احدا بويه
مسما وقال في الاصل في كتاب الدعوي وان كان الذي ادعاه ذميا
والشهود مسلمين اجزت ذلك لان شهادة المسلمين مقبولة على
المسلمين وعلى اهل الذمة فاذا الحق بالمدعي شهادتهم حكم له بحكم دينه
قال وان كان المدعي ذميا والشهود ذميون واللقيط في يدي ذمي فان

وجد في قرية من قري اهل الذمة فان كان اللقيط في يدي مسلم فانه
لا يصدق في القياس ولكني استحسن واجعله ابنه مسلما واذا
وجد في قرية لا اهل الذمة او كنيسة او بيعة وهذه الرواية
مخالفة لروايه كتاب اللقيط لانه اعتبر هناك البيعة واعتبر
ها هنا الملتقط فجعل اللقيط الموجود في قرية اهل الذمة مسلما
تبعا لدين الملتقط واذا حكم باسلامه فادعاه ذمي واقام شهودا من
اهل الذمة فشهادتهم على المسلمين غير مقبولة فبقي الاستخفاف
بالدعوي وقد بينا ان الذي اذا ادعى لقيطا محكوما باسلامه ثبت
نسبه منه وكان مسلما قال واذا وجد في مصر من امصار المسلمين
جعلته حراما مسلما ولا قبل شهادة اهل الذمة وهذا ظاهر من قولهم
لانه اجتمع ها هنا دين الملتقط وحكم البيعة فحكم الصبي بحكم الاسلام

باب اختلاف الدعوي في

اللقيط قال واذا اقام رجل شاهدين على اللقيط انه ابنه
واقامت امرأة شاهدين انه ابنها جعلته ابنهما وذلك لاننا في
بين البينتين الانزي ان النسب يجوز ان يكون منهما واذا لم يتنا في
صار ابنه منها قال وان ادعا احدهما انه ابنه وادعى الاخر انه
عبد واقاما بينة به للذي ادعاه انه ابنه وذلك لان البينتين
تعارضتا واحدهما مثبتة للحرية فكانت اولى قال وان اقام احدهما
البينة انه عبد ولم يقم الذي ادعاه انه ابنه بينة قضيت به عبده

لازاحدها اقام البينة ولم تغارض بينة للدعوي فلم يعتد بها مع البينة
قال وان اقام جميعا بينة جعلته ابن الحر لان البينتين متساويا
فالمتبنة للحرية اولى قال فان اقام احدهما بينة انه ابنه من هذه
المرأة الحرة واقام الاخر بينة انه ابنه من هذه الامة قضيت به
ابن الحر والحرى واعتقته وهذا محمول على ان احدهما اقام البينة
انه ابنه من امة غير ففي بينته رق الولد وفي بينة الاخر حرية
فالبينة المثبتة للحرية اولى ولو اقام الاخر بينة انه ابنه من
امرأة حرة جعلته ابنا جميعا وابن المراتين جميعا في قياس قول ابي
حنيفة واما في قياس قول ابي يوسف ومحمد فيكون ابن الرجلين ولا يكون
ابن المراتين اما ثبوت نسب الولد من الرجلين فقد قدمناه واما
ثبوته من المراتين ففي قول ابي حنيفة اذا تساوى في الدعوي والبينة
ثبت النسب منها بمعنى ان احكام النسب ثابتة وقال ابو يوسف
ومحمد لا يثبت النسب منها وجه قول ابي حنيفة ان الشهادة بالولا
لا تقع على مشاهدة الرجال لها لانهم لا يحضرون ذلك في الغالب
وانما يشهدون بالخبر فيجوز ان يكون كل واحد من العريقتين بلغه
بما شهد به واذا جاز ذلك تساوت البينتان ولم يثبت كذب احدهما
فوجب ان يحكم بها كما يحكم بالنسب من الابوين ولم يمتنع ان يثبت
احكام الولادة وان كانت الولادة لا تثبت لانها احكام تنفرد عن
الولادة لجواز ان تثبت الحضانة والتفقة والميراث لغير الام وجه

قولها ان ثبوت النسب من الام يقف على الولادة ويستحيل ان تلد
امراتان ولدا واحدا واذا استحال ذلك بيننا كذب احدا لعريقتين
وليس احدهما باولى من الاخرى وليس كذلك لابوين لان النسب
يثبت بالغراش ويجوز ان يكون كل واحد منهما حصل له غراش في الظاهر
او اشتركا في الوطى في طهر واحد قال وان وقت كل بينة وقتا معروفا
يعرف ان الصبي على وقت احدهما جعلت لصاحب الوقت وذلك لان
سن الصبي لما وافقت احدي البينتين حكما بكذب الاخر ولم يحز الحكم بها
فان لم يعرف وقت فانه ينبغي في قياس قول ابي حنيفة ان السن لما
اشكلت فلم يعرف من اثبتها لاحد الوقتين حكما بثبوت النسب
الوقت الاول ما سفي ان يثبت بعد ذلك الوقت الثاني فبطلت البينة
الاخيرة وهذا كما قال في الاملاك اذا ثبت الملك في زمان سقط من
اثبت الملك بعده الا ان يدعي انتقال الملك من الاول وجه قولها
ان السن لا يجوز ان يوافق الوقتين فلا بد ان يكون مخالفا لحد هما
وليس احدهما اولى من الاخر فسقطت دلالة الوقت لجواز ان يكون
مخالفا للسن وكانها اقاما البينة من غير توقيت قال واذا ادعي
اللقيط رجلان فاقام احدهما البينة انه ابنه واقام الاخر انها
ابنته فاذا هو خنثي فان كان يبول من حيث يبول الغلام جعلته للذي
ادعا انه ابنه وان كان يبول من حيث يبول الجارية جعلت للذي ادعا
انها ابنته والاصل في هذا ان احدا المدعين لو قال هذا اللقيط اني

وقال الاخر هذه ابنتي وكان ابنا كان يدعي الابن لانا حكما بكذب الاخر
في دعواه فاذا بان انه خنثي حكما فيه بالحكم في الخنثي فان كان يبول
من حيث يبول المذكور فقد حكما انه ذكر فهو يدعي الابن وان كان يبول
من حيث يتبول الا نثي فقد حكما بكونه انثي فهو يدعي الانثى وان كان
يبول منهما اعتبر بالاسبق لانه الظاهر انه اصل المجري وان
كانا في السبق سواء فهو مشكل ولا يعتبر بالكثرة عند اني خفيفة
وقال ابو يوسف ومحمد يلحق باكثرهما والكلام في هذه الفصول
في كتاب الخنثي ولم يذكر اذا صار مشكلا بان يبول منهما من غير سبق
ولا كثر ما حكم بالدعوي والذي يجب ان يتساوي المدعيان لانا
نجوز ان يكون ابنا ونجوز ان يكون ابنتا ولا يحكم بكذب واحد منهما
قال واذا ادعى اللقيط رجلا ن ذمي ومسلم جعلته ابن المسلم وذلك
لان الولد لهما فصلا باسلام المسلم منهما ووجب ان
يكون في يده فكانهما ادعيا ولدا في يد احدهما قال واذا قاما بينة
جعلته ابن المسلم لان احدي البينتين تثبت للولد الاسلام والاخر
تثبت الكفر فالمثبتة للاسلام اولى قال وكذلك اذا ادعاه هـ
امراتان ذمية ومسلمة كل واحدة جات امرأة تشهد على الولادة
جعلته للمسلمة وهذا لما قدمنا قال وان شهد للمسلم ذميان
وشهد للذمي مسلمان قضيت به للمسلم لان بينة كل واحد منهما
مقبولة على صاحبه فتساويا واحدا تثبت اسلام الولد

فكان

فكان اولى **باب الاقرار بولد الزنا**

قال واذا زنا الرجل بامرأة فجات بولد فادعاه الواطي لم يثبت نسبه
منه ولم يكن ابنه وهو ثابت النسب من امه يثبت النسب من النساء
بالولادة ولا يثبت من الرجال الا بالفراش وشبهة الفراش وذلك لقوله
صلي الله عليه وسلم الولد للفراش والعاهر الحجر فالحق النسب بالفراش
وفرق بينه وبين العاهر ولو ثبت النسب فيهما لم يكن للفرق معنى
وقد اختلف في قوله صلي الله عليه وسلم والعاهر الحجر فقيل معناه الزم
وقيل معناه تأكيد نفي النسب كانه قال لاشي له كما يقال لفلان التراب
فمعنى لاشي له وقد اتفقت الصحابة على ان الولد من الزنا لا يثبت
نسبه من الزان وانكروا استحقاق ذلك ولا خلاف فيه بين
الامة فاما النسب من الام ولان انتقال النسب من الزاني لحق
الله تعالى فاعترافه لا يوثق فانه يثبت بالولادة وذلك موجود
في ولد الزنا كوجوده في غيره قال واذا كان لرجل عبد صبي من امته له
فادعى رجل انه ابنه من الزنا وصدقه المولى بذلك وكذبه قال
ابا حنيفة قال لا يثبت نسبه من هذا وان ملك الصبي عتق عليه
ولم يثبت ايضا نسبه وان ملك امه لم يكن ام ولد له وكان له ان
يبيعها اما النسب فلانه ادعاه من جهة لا تجوز ثبوت النساء
فيها فتصديق المولى وتكذيبه لا يوثق وانما عتق عليه اذا ملكه
فاعترف انه جز من اجزائه ومن ملك جز من اجزا نفسه

عتق عليه كما لو ملك بعض رقبة نفسه وحكم العتق لا يتعلق
بالنسب الا ترى ان من ملك نفسه عتق لا لمعني يعود الى النسب
قال وان ملك امه لم تكن ام ولد له وكان له ان يبيعها وقال زفر
لا يبيعها وجه قولهم ان الاستيلاء حرية متعلقة بالنسب
فاذا لم يثبت نسب الولد من الزنا لم تثبت الحرية لامه ولا لهم
اختلفوا فيمن وطئ جارية في غير ملكه فقد نسب ولدها
ثم ملكها هل يثبت فيها الاستيلاء ام لا فاذا ضعف حكم
الاستيلاء في ملك الغير مع ثبوت النسب فلان لا يثبت
مع فقد النسب اولى ووجه قول زفر ان حق الحرية يثبت
للأم بحرية الولد فاذا ثبت لولد الزنا حرية العتق جاز ان
يثبت لامه حق الحرية وان قال زيت بهذه الامة فولدت
مني بهذا الولد او قال هو ابني من زنا او قال من فجور او قال
فجرت بها فولدت هذا او قال هو ابني من غير رشيد فهذا
كله باب واحد لا يثبت نسبه منه وان ملكه عتق لان هذه
الالفاظ يعبر بها عن الزنا فبعضها يفيد ما يفيد الباقي
قال وكذلك لو كان لصبي عبد الأب المدعي اولمه او خاله
او امراته او لرجل ذي رحم محرم منه فهو سواء وكذلك لو كان
مولى لصبي با المدعي وامه او امراته لانه يكون زانيا بجواز هولا
فاقراره بالزنا فهي كآقراره في جواز الاجانب قال فان كان

مولى الصبي ابن المدعي فانه قد ثبت نسبه منه وان كان قال انه من زنا ويضمن قيمة
الأم وتكون ام ولد له وذلك لان الأب لا يكون زانيا بجارية ابنة لانه فيها شبهة
ملك وقد ادعى الولد من جهة نسبه ولخطا في تسميته زنا ولا يعتد
بتسميته كمن قال الولد زوجته المولود علي فراشه هذا ابني من الزنا يثبت
نسبه ولم يعتد بقوله فكذلك هذا قال وان كان الرجل المدعي قال هو ابني ولم
يقول من زنا وهو غير الأب في جميع ما ذكرت لك ثم سلكه عتق عليه ولزمه
نسبه لانه اقرب بالنسب ولم يثبت للجهة فآقراره محمول على الصحة وانما لم
ينفد لانه في ملك غيره فاذا ملك بعد آقراره قال كذلك لو قال هو ابني من
نكاح فاسد او لانه اهلها لي او ادعى شبهة علي وجه من الوجوه وكذبه المولى
فانه لا يكون زانية ما كان عبدا في جميع ما ذكرته لك حتى يملكه المدعي لان
هذه الجهات يجوز ثبوت الانساب منها وانما لم يصدق لحق المالك فاذا زال
حقه ثبت النسب فاما جارية ابنة فلا يقف ثبوت نسب ولدها على
تصدق الابن فكذلك يثبت في الحال قال واهل الزمة واهل الاسلام
في ذلك سواء لان اسباب التي يثبت بها النسب في احدهم مثل اسباب
التي يثبت بها النسب في الباقي قال وكل وطئ حرام ليس تزويج ولا ملك
ولا فيه شبهة من احدهما فان نسب الولد لا يثبت وان كان فيه تزويج
جائز او فاسد او دعوى لذلك من قبل الرجال او دعوى ملك فان هذا
متى ما ملك الولد يثبت بنسبه منه اما اذا كان الوطئ محرما من غير ملك
ولا شبهة فمثل الولد يدعي ولد جارية الأب فلا يثبت النسب لانه لا شبهة

له في رقبته وانما له شبهة في الفعل والشبهة في الفعل يسقط الحد ولا تثبت
النسب فاذا كانت الدعوى من ناحية النكاح او الملك فهي جهة لتبوت
الانساب وانما لم يثبت النسب بحق المولي فاذا ملكه المدعي فقدت دعواه
قال واذا كان لرجل امرأة فولدت علي فراشه فقال الزوج زيت بفلان
فهذا الولد منه واقرت بذلك المرأة واقرب ذلك فلان فان نسب الولد
ثابت من الزوج صاحب الفراش ولا يصدق واحد منهما على نفي الولد ولا
على اخراجه من نسبه ولذلك لو كانت هذه المرأة امة وتزوجها او من اهل
الكتاب وكذلك لو كان نكاحها فاسدا وذلك لان هذا ولد مولود علي
فنسبه لا حق بالفراش فاذا انضاد الزوجان علي نفي نسبه فقد اتفقا
على اسقاط حق الولد وقولها غير مقبولة في اسقاط حقه فوجب ان يبقى
النسب بحاله الا نزي ان قولها مقبول في اسقاط حقوقها فاما في اسقاط
حق ولدها فلا ولان الولد يلحق بالفراش لحق الله تعالى ولا ينتفي الا باللعان
ولم يوجد اللعان بينهما فلا ينتفي النسب وقال ابو حنيفة لو ان رجلا
تزوج امرأة لا تحل له فاعلقوا بابا وارخي حجابا فرق بينهما ولم يكن لها مهر عليه
فان جات بولد لستة اشهر منذ تزوجها فان نسبه يثبت منه ويكون عليه
المهر وكذلك لو جلت لستة اشهر منذ اغلق الباب وارخي الست وكذلك
كل نكاح يثبت بملك فاسد وهذه المسئلة نقلها ابو الحسن من اصل الدعوى
وقد تكلم اصحابنا فيها فمنهم من قال لانها عجلها في الكتاب وانما الجواب انها جات
لستة اشهر منذ خلاها فاما اذا جات من يوم عقد عليها لم يثبت وقيل

لان
غلط

ان

ان المسئلة في بعض نسخ الاصل هكذا والوجه فيه ان الخلوة سبب للدخول
في الظاهر كما ان العقد صحيح للوطي فاذا كان في العقد الصحيح سبب للدخول
في الظاهر كما ان العقد صحيح للوطي فاذا كان في العقد الصحيح يثبت النسب لكمال
ستة اشهر من يوم العقد الذي هو سبب للوطي فكذلك يثبت في النكاح
الفاسد اذا جات به لستة اشهر من يوم الخلوة التي هي سبب للوطي في الظاهر
فاما العقد فليس بسبب للوطي مع الفساد فلا يعتد به ومن اصحابنا
من حمل المسئلة على ظاهرها وقد يثبت النسب اذا جات به لتمام ستة
اشهر من يوم العقد ولانا ان حملنا الوطي على التناكح حملناه على جهة تثبت
النسب منها وان حملناه لانا ان حملناه على عشرين حملناه على الزنا وحمل الامر
على الصحة اولى من جملة على الفساد فكذلك يثبت النسب وهذا كما قلنا
في النكاح الصحيح اذا جات المرأة بالولد لتمام ستة اشهر وان حمل الامر على وطي
الزوج اولى من جملة على وطي غير لما في ذلك من حمل الامر على الصحة واما قوله
الخلوة في النكاح الفاسد لا يتعلق بها مهر فلانها ليست بخلوة صحيحة
الا نزي انهما ممنوعان من الوطي لحق الله تعالى فهي كاخلوة مع الحيض والاحرام
فاذا جات بولد لتمام ستة اشهر اثبتنا نسبه علي ما قدمنا وحكمنا بالوطي
فوجب المهر قال واذا اقر الرجل بصبي في يد امرأة فقال هو ابني من زنا
وقالت المرأة هو من نكاح لم يثبت نسبه لانه لم يقربه من جهة تثبت
الانساب منها فلم يجز اثباته بقول المرأة من غير تصديق الزوج فان قال
الرجل بعد ذلك هو من نكاح يثبت نسبه ولا يصدق علي ابطال النسب

لأنها لما اقرت انها لسبب وذلك مما لا يلحقه الفسخ لم يبطل اقراره بتكذيبه ودعواه
الزنا فاذا عاد الى تصديقها فقد عاد مع بقا الاقرار فيثبت النسب وليس هذا كمن
اقر لغريمه مال فكذبه ثم عاد الى تصديقه انه لا يثبت لان المال يلحقه الفسخ فاذا رده المقله
بطل الاقرار فاذا عاد الى التصديق وقد بطل الاقرار لم يتعلق بتصديقه حكم قال واذا
قال الرجل لصبي في يدي امرأة هو ابني من نكاح فلما صدقته المرأة هو ابني من زنا
فانه لا يثبت نسبه منه فان قالت بعد ذلك هو ابني من نكاح يثبت نسبه منها
وذلك لان دعواه لولدها لا تقبل الا بتصديقها فاذا ادعت الزنا فلم تصدقته
على النسب فلم يثبت فاذا عادت الى التصديق ثبت النسب لان اقراره لم يفسخ تكريرا
فاذا صدقته جاز كما لو صدقته ابتداء قال الامامة اذا كانت لرجل حرو لها ولد فافر
في ولدها مثل ذلك فانه لا يثبت نسبه وكذلك المكاتب والمذنب كام الولد وكذلك
المرأة من اهل الذمة وكذلك الرجل من اهل الذمة وذلك لان المرجع في ثبوت نسب الامامة
الى مولاهما نصار مولي الامامة فيها كالحرة اذا ادعت في نفسها وذكر حديث شهاب عن
عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كان عمنه بن ابي وقاص عهد
الي اخيه سعيد بن ابي وقاص ابن وليدة زمعة مني فامضه اليه قالت فلما كان
عام فتح مكة اخذه سعيد بن ابي وقاص فقال ابن اخي قد كان عهد الي فيه فقال اليه عبد
ابن زمعة فقال ابن اخي وابن وليدة ابي علي فراشه فتسابقا الى رسول الله صلى الله عليه وآله
فقال سعد يا رسول الله ابن اخي قد كان عهد الي فيه وقال عبد بن زمعة اخي وابن
وليدة ابي وليد علي فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وآله لم هو لك يا عبد بن زمعة
الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال رسول الله صلى الله عليه وآله لم لسوده بنت زمعة

احتجني

احتجني عنه لما راي من شبهه بعنتة فماراها حتى لقي الله تعالى وانما اورد هذا
الخبر ليسين ان النسب يلحق بالفراش ولا يلحق بالزنا الا ترى ان عمنه بن ابي
وقاص كان زنا بمصن الوليد فلم يلحق رسول الله صلى الله عليه وآله عليه النسب به
وان علم بالشبه انه من ما به فان قيل فكيف ادعي عمنه ولد الزنا قيل له لان
الوطي كان في الجاهلية وكان القوم يستلحقون الانساب من كل وجه فظن
عمنه ان الشريعة انما اثرت فيما حصل بعدها فاما ما كان قبلها فهو على حكم
الجاهلية فكذلك عهد فيه ولهذا ادعاه سعد وقد قال الطحاوي في هذه
المسئلة ان قوله هولاك يا عبد اما اراد الملك لانه ولد ادعاه واحدا من
الورثة فلا يثبت بسبب دعواه ما لم يعرف ان الميت اعترف به الذي يثبت
هذا انتقال هولاك وهذا الكلام يستعمل في الملك ولو اراد هو اخو لم يقل
هولاك والذي يدل على انه لم يحكم بثبوت نسبه من رفعه انه امر سودة
ان تحتجب عنه ولو كان اخوها ثابت النسب من ابيها لم يثبت من وجه
دون وجه فلما لم يجوز له النظر الى سودة دل على انه غير ثابت النسب من ابيها
فان قيل فاي معنى لقوله الولد للفراش قلنا نفي لما ادعاه كل واحد منهما من النسب
للاب ولا للامامة اذ لم يعترف مولاها بنسب ولدها فان قيل لو كان هذا
على ما قلتم لم يصح ان يقول هولاك بمعنى الملك لان من ملك اخاه عتق عتقكم
قلنا انما يعتق بعد ثبوت ملكه فرسول الله صلى الله عليه وآله لم يفتي له بالملك
وان كان العتق يقع بحكم هذا الملك ومن اصحابنا من قال بانه صلى الله عليه وآله لم
اثبت نسبه من زمعة واحتاط لمكان الشبه في منعه من النظر الى سودة فان

قيل فها يدل على ان الامة تصير فراشا بالوطي قلنا لما قال عبد بن وليلة
ابي ولد علي فراشه في ذلك علي انه وجد من ابيه ما اثبت الفراش وهي الدعوى قد
روي ان زمعة كان ادعاه قبل موته **باب**
البينة على دعوى الولد قال ابو الحسن واذا كان غلام قد احتمل
ادعاه علي رجل وامرأة انه ابهما وحمل ذلك فاقام عليهما البينة انهما ابواه
وان هذه المرأة ولدت من هذا الرجل علي فراشه وادعي اخر وامرأة ان هذا
الغلام ابنهما واقاما البينة على ذلك فاني استنسب الغلام من الاب والام
للذين ادعاهما الغلام وابطل نسب الاب والام اللذين انكرهما الغلام وانما الدعوى
دعوى الغلام وان كان نسب الغلام الذي يدعيه لنفسه ادون النسبين
في الحسب فانه يوجد نسبه وذلك لان البينتين تعارضتا في النسب
وهو سبب في الاستحقاق غير متكرر والغلام في يد نفسه فصار
لبي ساح اذا تعارضتا ان صاحب اليدين هما اولي ولان حظ الانسان في
ثبوت نسبه من غير ما كثر من حظ الاب في نسب ولان فكان اخص
بالبينة فبينته اولي ويستوي علي النسبين وادناهما لان الرجح
في البينات لا يقع تغلق النسب ولا يقتضاه اذ حكم النسب يستوي
في ذلك قال وكذلك غلام قد احتمل وهو نصاري فاقام شاهدين من المسلمين
علي رجل من النصاري وامرأة من النصاري انه ابنهما ولدت هذه المرأة
علي فراش هذا الرجل وادعي رجل مسلم وامرأة مسلمة انه ابنهما ولدت هذه
المرأة المسلمة علي فراش هذا الرجل للمسلم واقاما علي ذلك بينة من المسلمين

فاني اقضي به للنصري وامرأة واثبت نسبه منها وذلك لما بينا ان البينتين
تساويا ومع الغلام يد فكانت بينته اولي ولا ترجح بالاسلام لان اليد
اقوي في الساح من الاسلام فكان الترجيح بها اولي قال وان كانت بينته
نصاري احب بينته المسلم وقضيت به للمسلم واجبرته علي الاسلام
وابطلت بينة النصاري لان النصاري لا يقبل شهادتهم علي المسلمين
فلم تثبت هذه الشهادة في حق المدعي المسلم وبينته مقبولة علي النصاري
فكانت بينة لا معارض لها يقضي بها واذا حكم بنسب من المسلم اجبر علي
الاسلام قال ولو ان غلاما قد احتمل اقام بينة انه ابن فلان ولد علي
فراشه من امته فلانة والرجل حريئ كذلك ويقول عبد بن وليلة
هذه زوجتها عبد بن فلانا فولدت هذا الغلام منه واقام علي ذلك
بينة والعبد حريي يدعي ذلك ويقول ابني من امراتي فانه ابن العبد لان
الزوج اولي بالفراش من المولي وذلك لان الغلام يثبت فراش الملك
والعبد يثبت فراش النكاح وفراش النكاح اولي واقوي من فراش الملك
وكان الحاق النسب به اولي قال ولو ادعي الولد انه ابن العبد من هذه
الامة واقام بينة علي ما ذكرنا واقر بذلك العبد وادعي المولي انه
ابنه واقام البينة علي ما ذكرنا جعلت ابن العبد ثابت النسب منه
واعتقته بدعوة المولي وذلك لان الغلام في هذه الحال يثبت فراش
النكاح والمولي يثبت فراش الملك وقد بينا ان فراش النكاح اقوي من
فراش الملك فكان اولي بالنسب قال ولو كان العبد ميتا والمسئلة علي

حالتها والغلام يدعي استدان الميت واقام البينة على ذلك واقام ورثة
المولى البينة على ما ذكرنا في اول الكتاب واما الغلام ميتة فاني اثبت نسبه
من المولى واجعله ابنه واورثه منه ولا اجعله ابن العبد الغلام في هذا
الموضع هو المدعي للعقود والنسب والميراث وذلك لانه لا حق لورثة
المولى في اثبات نسب الغلام من العبد وانما سقون بذلك نسبه
من الميت والغلام يثبت نسبه منه والبينتان اذا تعارضا فالمس
منهما اولى من الباقية قال ولوان رجلا مات وترك ما لا كثير افا قام
غلام قد احتمل البينة انه ابن الميت من امته فلانة وانه قد كان عملا فلانه
قبل ان تلده وان الميت اقرا له ابنه وانها ولدته في ملكه ومثله يولد
لمثله واقام رجل اخر البينة ان هذا الغلام عبد وان الامة امته زوجها
عبد فلانا فولدت هذا الغلام علي فراشه والعبد حريدي ذلك اولى
فان كان العبد حيا يدعي ذلك قضيت له بالنسب وجعلته ابن العبد
واقضي بالامة ان كانت حية للمدعي الذي ادعاها انها امته وذلك لان العبد
له حق في اثبات النسب وقد اثبت النسب بفراش النكاح والغلام يدعي
النسب بفراش الملك فكانت دعوة العبد اقوى فهو اولى قال وان
كان العبد ميتا اثبت نسب الغلام من الحرة ورثته منه وجعلت انها
ام ولد للميت الحرة الام ولدها وذلك لان العبد لميت لا حق لغيره
في دعوى النسب له وانما يقصد بالبينة تفي النسب عن الحرة بالبينة
المتبينة اولى من النافية واذا ثبت النسب تبعه الاستيلاء لانه

حرمة متعلقة بالنسب قال وان كان الغلام وامه في يد رجل فادعاه اخر
واقام بينة ان هذه الامة ولدت هذا الغلام منه وفي ملكه واقام الذي يورث
في يديه البينة انها امته ولدت هذا الغلام منه وفي ملكه وعلي فراشه
والغلام صغير لا يتكلم او قد احتمل ومثله يولد لمثله وهو يدعي امته ابن
الذي يورث يديه فاني اقضي به للذي هو في يديه اما اذا كان الغلام لا يتكلم
فقد تعارضت البينتان في الولادة ومع احدهما يد فكان اولى واما اذا
كان الغلام يتكلم فالنسب ثابت لمن يدعي الغلام انه ابنه لانه في يد نفسه
كمن يدعي الغلام انه ابنه اولى بالبينة قال واذا كانت المرأة حرة لها ابن وهما
في يد رجل فاقام الاخر البينة انه تزوجها وانها ولدت هذا الغلام منه وعلي
فراشه واقام الذي هو في يديه البينة انه تزوجها وانها ولدت هذا الغلام
منه وعلي فراشه والغلام يتكلم ويدعي ان الذي هو في يده ابوه فاني اقضي للمرأة
وبالولد للذي هما في يده واجعله اولى بالنسب وبالذوق وذلك لان المنارة
حصلت في الزوجية وتعارضت البينة والزوجة اذا اقاما البينة
فصاحب اليد منهما اولى واذا ثبتت الزوجية لصاحب اليد تبعها
للنسب قال ولو كان الذي في يديه من اهل الدمة وشهوده مسلمون
والمرأة من اهل الدمة قضيت بالولد وبالمراة للذي هما في يديه وان كان
ذميا لان بينة مقبولة على المدعي وقد تساوت البينتان ومع احدهما
يد فهما كالمسلمين قال فان اقام المدعي البينة انه تزوجها في وقت واقام
الذي في يديه البينة على وقت دونه فاني اقضي بها للمدعي واقضي بالولد للمدعي

وذلك لانه لما اقام البينة في زمان متقدم اثبت النكاح فيه من غير
معارضة فلا تقبل بينة الاخر بعد ذلك على النكاح حتى تثبت العزقة
وانقضا العدة قال ولوان رجلا في يديه امرأة وولد فاقام البينة
ايضا امراته تزوجها وولدت هذا على فراشه واقام الاخر البينة انها
امته ولدت هذا الغلام منه وفي ملكه وعلى فراشه فاني اقضي بها للزوج
واثبت نسبه واجعله له بالقينة ان شهد الشهود انها غرته من نفسها
وذلك لان احدهما اثبت فراش النكاح والاخر فراش الملك وفراش النكاح
اقوي من النسب وان ثبت الغرور فالولد لزوجها بالقينة وان لم يثبت
فالولد عبد الا ان المولى لما اقر بالنسبه عتوب اقراره ولذلك قد اقر في الامر
بحق الحرية فتصير بمنزلة ام الولد كما اقران قال ولوان رجلا في يديه امه لها
ولدا قام البينة انها ام ولد ابنة ولدت هذا الولد على فراش ابنة وابوم ميت
وشهدوا انها ولدت في ملكه وشهد شهود اخرون ايضا امه للذي في يديه
ولدت الولد في ملكه وعلى فراشه وانه ابنة قضيت بالولد للميت الذي ليس
بيده وجعلت الامه حرة مولا للميت ولا اقضي للذي في يديه بشي من ذلك
وذلك لان بينة الميت تقتضي حرية الام والذي يثبت الحي يقتضي حرية الولد

دون الام والبينة المثبتة لحرية ما اولى **باب**

الاستحلاف على الدعوى قال ابو الحسن من الدعوى

حقا من الحقوق كما ينالها من محمد المدعي عليه فللمدعي استحلافه على ما ادعاه عليه
الا في سبعة اشياء عند ابي حنيفة رحمه الله كان ابو حنيفة رضي الله عنه

لا يستحلف

لا يستحلف في نسب ولا ولاد لارق ولا في نكاح ولا رجة ولا في ولا استيلاء
وكان ابو يوسف ومحمد يستحلفان على جميع ذلك ولا يستحلف في الحدود
في قولهم وهذا مبني على احلافهم في النكاح ما هي فعند ابي حنيفة انه اجري
بحري البدل وليس يفرج بدل وعند ما ان اقيم مقام الاول ومنزلته
في الاقرار منزلة الشهادة على الشهادة من شهود الاصل وجه قول ابي حنيفة
ان النكاح لا يتعلق به حكم في حق من صح من حصته الا بمعنى ينضم اليه فهو كالميت
والوصية وجه قولها ان النكاح يصح بمن لا يصح منه البدل وهو الوكيل والمأذون
والمكاتب فلو كان بدلا لم يصح من هؤلاء كما لا يصح هبتهم ولهذا ليس بصحيح
لان ابا حنيفة رضي الله عنه اجراه بحري البدل فلم يجعله صريح بدل
وهو لا يصح منهم عنده ما جرى بحري البدل وهو البيع بالثمن اليسير
ثم هذا يلزمهم مثله لانها اجريا النكاح بحري الاقرار وصحاه ممن لا تجوز
اقراره لانها قال في المولى اذا اجرى على عبد تعلق بنكوله حكم ما يدعاه عليه
من جارية ولو اقر لم يقبل اقراره واذا ثبت من اهله ان النكاح اقيم مقام البدل
وبدل هذه الاشياء لا يصح من طريق الحكم بدلالة ان استيفاءها مع البدل
كاستيفائها من غير بدل في الحكم المتعلق بها الا ترى ان امرأة لو بدلت
نفسها الرجل فوطها وجب عليه من الحد ما يجب عليه ان اكرها واذا كان
كذلك فلو استحلفنا في النكاح فنكل الحالف لم يكن اثبات النكاح ببذله
فاسقط عن نفسه اليمين بخير شي يلزمه وهذا يمنع من كونها حقا عليه
ولا يلزم اليمين في القضا في النفس لان المستحلف لا يسقط اليمين عن نفسه

لغير شي يلزمه بل يحبس حتى يقرأ ويحلف فان قيل فضلا قلتم في مسئلتنا ان
النكاح يحبس قلنا اليهين في مسئلتنا لنفس الحق فلا يحبس للامتناع
منها واليهين في البقاء نفس الحق فجوز ان يحبس للامتناع منها واذ ثبتت
من اصلها ان النكاح اقيم مقام الاقرار فكل شيء جاز اثباته بالنكاح وما
لا يجوز اثباته بمقام المعسر من اشهاد علي الشهادة جاز اثبات بالنكاح
وما لا يجوز اثباته بمقام مقام العمة لا يجوز اثباته بالنكاح والاشياء السبعة
يجوز اثباتها بالشهادة على الشهادة فجاز الاستحلاف فيها واما الحدود
فلا يجوز اثباتها بمقام مقام الغير في الشهادة على الشهادة فكذلك لا يجوز
الاستحلاف فيها قال واللعان عندهم جميعا بمنزلة الحد لا يستحلون
عليه ومعنى هذا ان المرأة اذا ادعت على زوجها انه قد فنها وهو
منكر لم يستحلف على القذف لان موجب قذفه لما اجري مجرى الحد بدلالة
قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة هلال ابن امية لولا ما مضى من الحد لكارى
ولها شان ولان قذف الزوج قد يتعلق بالحد اذا كذب نفسه فلم يجز ان
يستحلف عليه لقذف الاجنبي قال وما لا يستحلف عليه فليس يحكم
فيه بنكاح وانما يحكم فيه بالبينه او اقرار المدعى عليه اذا كانت
الدعوى تلزم المقر لان النكاح اذا لم يحكم به لم يصح الاستحلاف وما
لا يستحلف فيه لا يتصور فيه نكاح فلم يبق الا الحكم بالبينه او بالاقرار
قال فان كانت الدعوى في نسب فاقرار الرجل يجوز في الاب والابن اصله
اقرار المرأة بجوز في الاب ولا يجوز في الابن الا ان تشهد امرأة على الولادة

فيها والولد في يدها وجلة هذا ان اقرار الرجل يقبل بالوالدين والولد
والزوجة والولا واقرار المرأة يقبل بالوالدين والزوج والولا ولا يقبل
بالولد وانما كان كذلك لان كل واحد من اقرحق على نفسه فاقرار فيه
جائز ومن اقرحق على غيره لم يقبل اقراره فيه واقرار الرجل بالديه
يلزم به نفسه حقا لا يتعلق ذلك الحق لغيره وكذلك اقراره بولد
وزوجته ومولاه فيقبل اقراره في جميع ذلك والمرأة في حكم الرجل
لما ذكرنا الا في الولد لانها اذا اقرت حملت نسبه على صاحب فراشها
فصار ذلك اقرارا على غيرها فلا يقبل فان شهدت امرأة بولد لها
صبي في يدها قبل اقرارها لان الولادة تثبت بشهادة النساء فصار
شهادتهن كالبينه فاما الاقرار بالحدود له الولد والاخ فلا يقبل
ولا يثبت به نسب لان المقر يحمل هذا النسب على غيره الا ترى انه اذا
قال هذا اخي فقد حمل نفسه على ابيه واذا قال هذا ولدي فقد
حمل نسبه على ولد والابن لا يقبل قوله في حمل نسب على غيره وقد قالوا
فيما لا يجوز الاستحلاف عليه اذا تعلق به معنى يجوز الاستحلاف عليه
استحلف فيه وهذا كرجل ادعى على رجل انه اخو وانه يستحق عليه
النفقة لزمانه فان الاخ يستحلف وكذلك اذا ادعت امرأة على رجل
انه زوجها وان لها عليه المهر استحلف وذلك لان المقصود بالدعوى
اثبات النفقة والمهر وذلك ما لا يجوز اثباته بالنكاح فجاز الاستحلاف
فيه فاذا نكل اثبتنا المالك شكوله ولم يثبت السبب وعلي هذا قالوا

ادعاسرقة على غير فحمان يستخلف فاذا اكل قضى عليه بالمال ولم يقضي
عليه بالقطع لان القطع لا يجوز اثباته بالنكول **باب**
دعوة الولد بعد العتق قال واذا اعتق الرجل
عبدا عبدا صغيرا ثم ادعا انه ابنه وقد ولد عنده او لم يولد فان
ابا حنيفة قال هو ابنه ثابت النسب منه وقال ان كان كبيرا فاقرب ذلك
فهو ابنه وان جحد لم يكن ابنه وذلك لان المعتق اذا كان لا يقر عن
نفسه فهو في يد معتقه ومن ادعاه نسب من هو في يده فقدت
دعوته فيه كاللقيط ولا في هذه الدعوى منفعة للصغير وليس
فيها ضرر فصار كاتفاقه عليه واما اذا كان العبد يعبر عن نفسه
فصوى يد نفسه فصارت دعواه كدعوى الاجني فيقف **باب** تصديقه
قال وان كانت فتقف على تصديقه قال وان كانت مديرة بين رجلين
فولدت ولدا فادعا احدهما الولد فان ابا حنيفة قال نسب
ثابت منه ويضمن نصف قيمته مديرا ونصف عقراه وهذا
استحسان فالقياس ان لا يثبت وجه القياس ان ولدا المدبرة
ولا ثابت من مولاها فاذا ادعاه نسب ولدها فقد ادعاه حريسة
الاصل وانها ولدت في ملكه وهذا يقتضي نفي الولا والولا اذا ثبت
لم يلحقه الفسخ وجه الاستحسان انها باقية على ملكه ودعواه في
ولدها لو كانت صحيحة ويمكن الجمع بين النسب والولا الا ترى ان من
اشترى اسه عتق عليه ويثبت النسب واذا امكن ان يجمع بينهما يثبت

النسب

٢٢٤
النسب ويضمن نصف قيمة الولد لان الجارية المشتركة انما يسقط
ضمان قيمة ولدها لانه يدخل في ضمان الام والام هاهنا غير مضمونة
فلا بد من ضمان الولد وانما لم يضمن نصف قيمة الام لان المدبرة لا يمكن نقل
الملك فيها بالعقود وكذلك لا ينتقل بالاستيلاء وهذه المسئلة هي التي
ينتقض الاستيلاء فيها وانما ضمن نصف العقر لانه وطى في ملك غيره
فاذا سقط الحد وجب العقر قال فان مات ابو الولد عتق نصيبه
من الالة كما عتق ام الولد من جميع المال وانتقال الاجرة في نصف
قيمتها مدبرة وذلك لان نصيب اب الولد منها ام ولد وام الولد
تعتق بموت مولاها من جميع المال فاذا عتق حضنتها تغير حكم نصيب
الآخر الا ترى انها كانت مديرة في حقها يستخدمها وقد تعذر ذلك
ووجب اخراجها الى الحرية فلزمها السعاية فان مات المدبر بعد ذلك
سقطت السعاية عنها عند ابي حنيفة اذا كان نصيبه مخرج
من ثلثه ولم يسقط السعاية عندهما ولم يذكر ابو الحسن هذا
الفصل وهو مبني على تبعية الحرية فعتق ابي حنيفة ان العتق يتبع بعض
فاذا عتق النصف الذي هو ام ولد فالنصف الاخر باق على الرق
فاذا مات الشريك عتق بموته فسقطت السعاية فاما على قولها
فلما عتق بعضها بموت المولى عتق الباقي ولزمها دين السعاية فلم
يعتق بموت الشريك شي منها فلا تسقط السعاية عنها قال ولولم
يمت ابو الولد ومات الاخر عتق نصيبه من الثلث وعتق نصيب

ابن الولد كله وقال ابو حنيفة لا سعاية على ام الولد وذلك لان المدبر
للمات عتق نصيبه فصارت ام الولد في يد نفسها بالحرية فيعتق
من غير سعاية عند ابن حنيفة على اصله ان رقبته لا قيمة لها فاما
على قولهما فالسعاية واجبه لان رقبته له قيمة فان مات ابو الولد
بعد ذلك لم تسقط السعاية عنها على اصلهما انما لم يعتق موته
عتقت بسرارية الحرية فلا يتغير ما عليها من المدبر بموت اب الولد
قال ولولم يمت واحد منهما حتى ولدت اخر فادعاه الاخر فزواجه
وهو ضامن نصف العقر فاهما مات عتقت الامة كلها وذلك لان
الثاني ان عاد نصيبه على ملكه فحكمه من الدعوى حكم الاول فيضمن
نصف العقر ولا يضمن نصف الام لانها لا تنتقل اليه ولم يذكر ابو الحسن
حكم الولد ويجب ان يكون على الخلاف عند ابن حنيفة ولا ضمان فيه لانه
ابن ام ولد فاذا اعتق بدعوة الشريك لم يضمن على قولهما نصفين
نصف قيمة ابن ام ولد لان لرقبه قيمة عندهما فاذا مات احدهما
عتق نصيبه وصارت ام ولد في يد نفسها بالحرية فاعتق نفسها
بغير شيء قال واذا كان عبد صغير بين رجلين فاعتقه احدهما ثم ادعاه
الاخر انه ابنه فزواجه في قول ابن حنيفة ونصف ولاية للاخر وان
كان ولد عندهما ا ولم يولد فهو سوا وهذا مبني على اختلافهم في تبويض
الحرية فعند ابن حنيفة انها تتبع بعض نصيب الذي لم يعتق على ملكه
فاذا ادعاه جازت دعوته وعلى قولهما قد عتق الجميع بعنق الاول

وسوال الولاية فاذا ادعا الذي لم يعتق فقد ادعا مولى غيره فلا تقبل
دعوته فيه وان كان كبيرا فصدق فهو كذلك لانه لما صدق صار كالاجنه
اذا صدق مدعي فيه واما ان محمد لم يجز دعواه الذي اعتقه لانه لا ملك
له فيه ولا يد ويجوز دعوى الذي لم يعتق عند ابن حنيفة لان نصيبه
على ملكه فينفد عتقه فيه وعلى قولهما لا تنفذ دعوته لانه عتق كله
بعنق الاول فاذا ادعي الاخر فلا ملك له فيه ولا يد قال وانما جازت
في الصغير بالاستحسان وجه القياس ان الولاية ثابتة من العتق والدعوى
تقتضي نفي الولاية فلا يجوز وانما استحسنوا لانه يمكن الجمع بين النسب
والولاية فكذلك يثبت النسب **باب في دعوى**
الولد بعد البيع قال واذا باع الرجل جارية من رجل وقبضها
المشتري او لم يقبضها حتى ولدت ولدا اقل من ستة اشهر منذ باعها
فادعي البائع ولد الجارية انه ابنه فانه يصدق على ذلك ويثبت نسب
الولد منه فتكون الجارية ام ولد للبائع ويتبع بعض البيع فيها وفي ولدها
ويرد البائع الثمن على المشتري ان كان قبضه وان لم يكن قبضه بطل عن
المشتري والاصل في هذا الدعوى في الجارية التي يملكها المدعي لو كانت على
ملكه على ضربين دعوى استيلاء ودعوى ملك فدعوى الاستيلاء ان
يكون ابتداء العلق في ملك المدعي وحكمها ان تكون كالحق فيما يورث في
ابطال حق الغير ودعوى الملك ان لا يكون ابتداء العلق في ملكه
وحكمها ان يكون كحقناق بوقع وكل موضع بعد عتق المدعي صحت دعوته

وكل موضع لم ينفذ عتقه لم يصح دعوته اما دعوى الاستيلاد فانما جعلوها كالحق في ابطال حق الغير لان المريض اذا ادعى ولد جارية له قد علق في ملكه ثبت نسبه وعتق وصارت لجارية ام ولد من غير سعاية ومعلوم ان قال المريض فيما زاد على الثلث قد اجري بحري تلك الغير حتي لا يجوز هي عرفت له حق الورثة فلما جازت دعوته فيه من غير سعاية دل على ان دعوى الاستيلاد اثر في ابطال حق الورثة من الجارية والولد وكذلك قالوا في جارية بين شريكين علق في ملكها فادعى احدهما الولد ثبت نسبه وضمن نصف قيمة الام ولم يضمن نصف قيمة الولد وصارت دعوته مبطله لحق شريكه من الولد بعد ان حكمنا بانه على ملكه ولان هذه الدعوى تستند الى العلوق السابق فالعلوق شاهد عليها فتصير كالدعوى مع البينة ولم يجعلوها كصرح الحقوق وانما اجروها بحري للحق لانه يدعيها في حق الغير واذا ثبت هذا الاصل قلنا اذا باع جارية فجات بولد لاقل من ستة اشهر فالعلوق في ملك البائع فاذا ادعاه بدعوته دعوى الاستيلاد وقد بينا انها كالحق في ابطال حق الغير في اثر في ابطال حق المشتري وتستند الى جال العلوق فكان البائع ادعى ثم باع فيفسخ البيع في الجارية وكانه باع ام ولد وولد واذا استحق البيع وجب الرجوع بالتمز لانه لا يسلم الا سلامة المبيع للمشتري قال ولو كان الولد قد خرج من ملك المشتري على وجه من الوجوه بيع او غيره ثم ادعاه البائع فدعوته جازية

ويثبت

ويثبت ايضا النسب منه ويتبعض الملك الذي جري في الولد ويرد الجارية والولد الى البائع ويتبعض بيع البائع فيها وفي ولدها ذلك لان حكم ملك الثاني كملك الاول فكما ان الدعوى موثقة في ابطال الملك الاول فكذلك الثاني قال ولو كان المشتري اعترق العبد او مات في يده او قتل باخذ قيمته ثم ادعاه البائع والمسئلة على حالها فدعوى البائع باطل والام اتمه للمشتري على حالها وكذلك لو كان المشتري اخرج الولد من ملك الى ملك غير فاعتقه الذي ملكه او مات عبده او قتل فاخذ قيمته فهذا الاول سواء وكذلك لو كان المشتري دبر الولد او دبره من مخرج من ملكه اليه فالدعوى في الولد باطل وذلك لان الولد اذا اعتق او دبر فقد حدث فيه ما لا يلحقه الفسخ فلم يجز فسخ الملك فيه بالدعوى لا نايينا ان هذه الدعوى تجري بحري الحقوق وليست بصرح حق وان فسختها العتق فجعلناها كالبينة ووقته الدعوى انقص من رتبة البينة فلا يجوز ان يلحقها واما اذا مات او قتل فقد تعذر اثبات نسبه لان هذا هو يثبت الولد ابتداء اذ الميت لا يثبت له الحقوق المبتداه ولا علمه واذا لم يثبت النسب في الولد لم يثبت الاستيلاد للام لانه فرع للنسب واذا تعذر ثبوت الاصل لم يثبت ما هو فرع عليه قال ولورهن الولد او اجره او كاتبه فان ذلك كله يتبعض ويثبت النسب لان هذه العقود يلحقها الفسخ فلا تمنع صحة الدعوى كملك قال ولو كان المشتري اعترق الام ولم يعترق الولد ثم ادعاه البائع والمسئلة على حالها جاز الدعوى في الولد ولم تجز في الام وفسخ البيع في الولد دون الام وكان على البائع رد حصته الولد من الثمن اذا قسم الثمن على قيمة الام يوم وقع العقد وعلى قيمة

الولد يوم ولدته وكذلك لو اخرجها المشتري من ملكه الى ملك غيره فاعتقها
ذلك المالك او دبرها وذلك لان الولد قائم لم يحدث فيه ما يمنع من الدعوى
وانما حدث ذلك في امه والاستيلاء فرع والاستيلاء فرع والنسب اصل
وتعذر الفرع لا يمنع من ثبوت اصل الاتزان ولد المغرور ثابت بالنسب
ولا استيلاء كما مر فجاز اثبات النسب في مسلتنا وان لم يكن اثبات الاستيلاء في
الام وانما رجع المشتري بحصة الولد لان الولد موجب بالعقد وقد حكمنا
بفسخ العقد فيه فيرجع حصته كما لو وقع العقد عليها فاستحق احدها
ولان الاستيلاء اذا استند الى حال العلوق فكانه باع جارية حملها حرفلا
يجوز ان يسلم للبائع حصة الولد وانما اعتبر قيمة الام يوم القبض لانها دخلت
في ضمانه بالقبض وانما اعتبر قيمة ولدها يوم ولدته لانه صار عند الولادة
حيث يجوز تقويمه قال ولو كانت الام ماتت ثم ادعى البائع الولد فهو مصدق
في الدعوى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رد حصة
الام اما ثبوت النسب فلما بينا ان تعذر الاستيلاء لا يمنع من ثبوتها واما حصة
الام فعند ابي حنيفة ان ام الولد لا قيمة لها ولا تضمن بالقبض عن البيع
ولا بالغصب واما اذا ماتت في يد المشتري لم يضمن حصتها ووجب الرجوع
بكل الثمن وعلى قولهما ان لزوجها قيمة فاذا قبضها المشتري فهي مضمونة عليه
بالقبض فيسقط عن البائع حصتها قال ولو كان المشتري كانت الام او كاتبها
من خرجت الى ملكه ثم ادعى البائع الولد فان الدعوى جائزة ويرد الولد والامة
الى البائع ويرد جميع الثمن الذي قبضه المشتري وكذلك ان كانت وهبت او زوجت

او ملكت على وجه من الوجوه فان دعوى البائع جائزة ويتقضى البيع فيها وفي
ولدها وذلك لان هذه المعاني يلحقها الفسخ فلا يمنع من صحة الدعوى كما لا
يمنع الملك قال ولو قطعت يد الولد في يد المشتري واخذ ارشها ثم ادعاه البائع
فان دعواه جائزة ويثبت نسب الولد ويرد الى البائع وترد الام معه ولا يرد
الارش الى البائع ويكون للمشتري الارش ويرد البائع الثمن الا حصة ارش اليد لان
اليد المنفصلة لا يجوز اثبات النسب فيها فلم يفسخ فيها البيع فثقل للمشتري
ارشها وكذلك لو كان القطع في الام لما قدمنا قال اذا باع الرجل جارية
وقبضها المشتري ثم ولدت ولد الاقل من ستة اشهر منذ وقع البيع فادعاه
المشتري ثبت نسبه بالملك وان كان العلوق في ملك البائع وهذا القسم
الثاني من اقسام الباب وهو دعوى الملك وهي معتبرة بالعتاق وذلك
لانها لا تستند الى علوق يصح به نفي ثبوتها في الحال وهي متضمنة للحرية
الولد فاذا كان المدعي ممن يجوز عتقه نفدت دعوته كما ينفذ عتقه وان
كان ممن لا يجوز دعوى عتقه لم تنفذ دعوته والمشتري في مسلتنا
ينفذ عتقه فصحت دعوته ويثبت النسب منه قال فان ادعاه
البائع بعد ذلك لم تقبل دعوته وكان ابن المشتري على حاله وذلك لاننا بينا
ان دعوى البائع تقبل ما لم يحدث في الولد ما يلحقه الفسخ وقد حدث فيه
في مسلتنا ثبوت النسب والحرية جميع ذلك من دعوى البائع قال
ولو ادعاه البائع او لا او ادعياه جميعا معا فهو ابن البائع في الرجوع
الا ان يستودعوه المشتري وذلك لانها اذا ادعياه فدعوى البائع تستند

إلى العلوق ودعوة المشتري تثبت في الحال فتصير دعوة البايع سابقة في
 المعنى فكانت أولى قال ولو ولدت لأكثر من ستة أشهر لم تجز دعوة البايع فيه أبدا
 إلا أن يصدق المشتري في دعواه ودعوة المشتري فيه جائزة قدمت على
 دعوة البايع أو تاحرت أو كايما معاً وذلك لأن الولد إذا جات به لأكثر من
 ستة أشهر فيجوز أن يكون العلوق عند البايع ويجوز أن يكون حدث بيعه
 فصارت دعوته دعوة الملك ودعوة الملك كالعتاق وعلي ما قدمنا
 ولو اعتق لم ينقد عتقه فكذلك لا تنقد دعوته إلا أن يصدق المشتري
 كمن ادعاه نسب عبد غيره فصدقه ذلك الغير وأما دعوة المشتري
 فيه فناقد لأنه على ملكه ودعوى الإنسان في ملكه جائزة وإن قد بينا
 حكم الدعوة إذا كان العلوق في ملك البايع أو لم يكن فينبغي أن يتبين حالها
 عند الاختلاف وهي أن يقول المشتري اشتريتها من أكثر من ستة أشهر
 فدعوتك غير مقبولة ويقول البايع بعثتها من قبل من ستة أشهر فدعوى
 دعوة الاستيلاء ولم يذكر أبو الحسن هذا في الكتاب وقد قال محمد في الأصل
 أن القول قول المشتري لأن البايع يدعي ثبوت حق الفسخ ومن باع وأدعي
 سبب الفسخ لم تقبل دعواه إلا ببينة أو بتصديق المشتري مثل أن يدعي
 شرط الخيار فإن أقام على ذلك بينة فالبينة بينة المشتري أيضاً
 في قول أبي يوسف وقال محمد البينة بينة البايع وجه قول أبي يوسف
 أن المدعى عليه لبيع واحد فإذا اختلف التاريخ كان البينة
 المثبتة للتاريخ الأول أولى أصله إذا ادعى رجلان كل واحد منهما

أنه اشترى هذه الجارية وأقاما بينة على تاريخ فالمشتري الأول أولى
 ولأن المشتري أثبت ملكاً تاماً لا يثبت فيه فسخ والبايع أثبت ملكاً فيه
 حق الفسخ فالبينة المثبتة للملك القوي أولى وجه قول محمد أن أصله
 تصحيح البينات ما أمكن فإذا تعارضت البينة في التاريخ حمل
 الأمر على أنهما بتبايعاً أو لا ثم تعاخا ثم تباعا البيع الثاني فيكون آخر الشري
 أولى من أولهما فإن لم يختلفا ولكنهما اختلفا في وجه آخر فقال المشتري اشتريتها
 من شهر إلا أنها لم تحمل عندك لأنها البايع وإنما ابتعتها حاملاً فدعوتك
 دعوة ملك وقال البايع بل حملت في يدي فالقول قول البايع وذلك لأن المشتري
 قد سلم أن الحمل كان في يدي المشتري ثم ادعى حوثه في يد أخرى فلا تقبل قوله
 فإن أقام ببينته فالبينة بينة البايع لأن المشتري يثبت ابتياع البايع من
 بايعه ولا حوله في ذلك والبايع يثبت ابتياع نفسه وله فيه حق فكانت
 البينة التي لها مدعى أولى من بينة التي لا مدعى لها **باب**
دعوة التوهم **قال** وإذا حبلت الأمة عند الرجل
 فباعها وولدت عند المشتري ولدين في بطن واحد لاقل من ستة أشهر
 جميعاً أو أحدهما فهو سوا فان ادعى البايع أحدهما أو كلاهما فإن اباحت
 قال دعوته جائزة ويلزمه الولدان جميعاً وذلك لأن التوهم حمل واحد
 والحمل الواحد لا يجوز أن ينفرد بعضه عن بعض في ثبوت النسب كالولد
 الواحد وإذا لم ينفرد صارت الدعوة لأحدهما كما لدعوة لهما جميعاً وأما

جواز الدعوة فقد قدمنا في الباب الاول وقوله جميعا او احدهما معناه
انها ولدتهما جميعا لا اقل من ستة اشهر او كان احدهما لا اقل من ستة اشهر
والاخر لاكثر لا ينما حمل واحد والمولد المدبر وضيقته لا اقل من ستة اشهر
لا بد ان يكون الحمل متقدما على البيع والثاني مثله قال فان كان المشتري قد
اعتق احدهما قبل دعوة الباي فنهما ويقضي عتاق المشتري في الذي
اعتقه ويرد الامر للولد الي الباي ويكون الامه ام ولد للباي وسرد
التمن كله ان كان قبض من المشتري وذلك لان ثبوت نسب الذي لم يعتق
شاهد على نسب الذي اعتق فاقضي ذلك فسخ العتق فيه وصار كشهادة
الشاهد من على ثبوت نسبه او والد قال ولو كان المشتري اعتق الام
جاز عتقه ولم يرد الي الباي رفيقا بعد العتق وكذلك لو كان المشتري
دبرها وذلك لان ثبوت النسب في الولد يجوز ان ينفرد عن الاستيلاء
في الام على ما قدمنا فلم يكن ثبوت النسب شاهدا على الام فكذلك لم يفسخ
الاستيلاء فيها ولا لام اذا اعتقت فقد ثبت لها اعطى الحالتين وهي الحرية
ولا ترد الي ادونها وليس كذلك للولد لانه ثبت له حرية الاعتاق فرده
الي حرية الاصل وحرية الاصل اقوي من حرية الاعتاق قال ولو كان
البايع باع احد الولدين فاعتقت المشتري ثم ادعاهما الباي جازت
دعوته وبطل عتاق المشتري وذلك لان عتاق المشتري الثاني كعتق
الاول فكما ان عتق الاول يمنع من صحة الدعوة على ما قدمنا فكذلك

عتق

٢٩
عتق الثاني قال ولو كان جني على احد الولدين جنابة فاخذ المشتري ارشها
ثم ادعى الباي الولد الذي في يده كانت دعوته لها جائرة وكان ارش ذلك
للمرح للمشتري لان الجنابة لا تنافي في ثبوت النسب فكذلك صحة الدعوة لا
ان الجز المتفصل لا يمكن اثبات النسب فيه فبقي ارش المشتري على ما كان
عليه قال ولو كان احدهما قد قتل ثم ادعاهما الباي فان نسبهما يثبت
من الباي ويكون قيمة المقتول لورثة المقتول ويصدق المدعي على القيمة
وذلك لان النسب ثبت في الحر ويصير ذلك شاهدا على ثبوته في الميت
فيثبت النسب في الولدين ويستند الي حال العلوق فيستحق الارش
ورثة المقتول وقوله ويصدق المدعي على القيمة فقد ذكر هذا في الاصل
وفي بعض نسخ الاصل ولا يصدق المدعي على القيمة وكل واحد منهما صحيح
في معناه فقوله ويصدق المدعي على القيمة معناه انها تنقل من المشتري
الي الورثة وقوله لا يصدق المدعي على القيمة معناه انها تنقل من القيمة الي
الدية لان الجنابة وقعت موجبة للقيمة ولا يقبل قول المدعي على الزيادة
عليها قال وكذلك لو كان المشتري اعتق احدهما فانه يقضي بالجني وامه
للبايع والمحقوق نسبه ونسب المقتول ويصدق على الدية وعلى الميراث
الذي قد وجب للمشتري وبما خذ وذلك لانه لما ثبت نسبه من احدهما صار
ذلك شاهدا على الاخر فهو كالبيعة او اقوي فكذلك تنتقل الدية والميراث
الي الباي قال ولو كان احدهما لم يقتل ولم يمت صدق عليه ورجع النسب الي
البايع وبطل ولا المشتري لما بينا ان ثبوت نسب احدهما شاهد فهو كشهادة

الشاهد من لا يكون هذا فتح عتق بعد وقوعه وكما ستبين ان العتق لم يقع ولو كان الشري
 اعتق الام عن دبر او البينة ثم ادعاها البايع ان نسب نسبهما ورددتها الى البايع
 ولا ارد اسمها بعد العتق الذي دخلها من قبل للشري وذلك لما بينا ان نسب الولد ينفر
 عن الاستيلاء فلا يكون شاهدا عليه **باب دعوى الحمل**
 قال محمد في كتاب الاصل والحمل عند ناكل نسب كان في دار الحرب الاخ وابن
 الاخ والعم وابن العم والخال وابن الخال والجد والعم والخالة وكل نسب فهو في
 ذلك سواء خلا الاب فانه لو اعتق رجل صبيا واعتق رجل اخر رجلا ثم
 ادعى رجل الصبي انه ابنه واقرا الصبي بذلك وقد احتم ومثله يولد لمثله
 فان هذا جاز وهو ابنه وكل واحد منهما مولى الذي عتقه ولا نسبه الولد لما
 ذكرنا من القربات والحمل وغير الحمل في هذا سواء وقد قيل في تفسير الحمل ان
 المحمول من دار الحرب وقيل ان المراد به من يحمل النسب على غيره والصحيح ان
 الباب موضوع على من يحمل نسبه على غيره سواء كان ذلك لنسب في دار
 الاسلام او في دار الحرب لان الانساب تثبت في دار الحرب كما تثبت في
 دار الاسلام او في دار الحرب فلا وجه لتخصيص دار الحرب وانما المراد به
 من يحمل النسب على غيره وقد بينا ان اقرار الرجل يقبل في الاب والابن
 والزوجة والمولى واقرار المرأة تقبل في الاب والزوجة والمولى ولا يقبل في غيره
 ذلك الا ان من شرط ثبوت النسب في الاب والابن ان يكون مثله يولد لمثله
 او يلد مثله وان صدقه القرينة ومن شرط ثبوت الزوجية ان لا يكون للمرأة
 للزوج اخر ومن شرط الولا ان يصدق المقر له ولا يكون هنال ولا ثابت لغيره

فلما بينا

فاما فيما ذكر من الاخ وابن الاخ والعم وابن العم فالأقرار مهم حمل النسب على
 غيرهم فلا يقبل اقرارهم وهذا في دار الحرب ودار الاسلام سواء قال
 واذا اقر رجل بولد من امراته فصدقته فهو ابنه ثابت النسب منها
 وكذلك لو اقرت المرأة بولد من رجل فصدقها كان ابنه ثابت النسب
 منها وان ذكر انكاحا كان في دار الحرب او في الكفر في اهل الدمة وذلك
 لان اقرار الرجل ثابت نسب الولد جازا الا انه لم يصدق عليها فاذا اقرت
 قد الزمت نفسها ما اقربه فنقبل وكذلك اذا اقرت فانما لا يجوز اقرارها
 لحق الزوج فاذا صدقها فقد زال هذا المعنى فيقبل ولا يختلف بدار
 الحرب والاسلام لما ذكرنا ان النسب يثبت في الموضعين وكذلك
 لا يختلف بالمسلم والدمي لان اهل الدمة في ثبوت الانساب كالمسلمين
 قال وكذلك لو اقران نكاحهما كان فاسدا او جازا فان النسب
 يثبت منهما في هذا لان النكاح الفاسد يثبت فيه النسب
 كالجائز فلا فرق بينهما **باب دعوة العبد**
التاجر قال واذا كان العبد تاجرا فادعاه ولدا له اشتراها
 فوطيها فدعواه جائزة وذلك لان العبد له شبهة ملك في الامة
 التي ليستقر بها الاتري ان من الفقهاء من قال انه يملكها وشبه الملك
 كنفس الملك في ثبوت النسب قال وكذلك لو تزوج حرة او امة
 فوطيها فجات بولد فادعاه فان دعواه في ذلك جائزة ويثبت
 نسب ولد الجارية منه لانه ان تزوج باذن مولاه فالتكاح صحيح

وان كان بغير اذنه فهو فاسد والنسب يثبت في الحالين على وجه واحد قال وكل شيء يصدق فيه الحر فان العبد يصدق اذا كان تاجرا وكل شيء يكذب فيه الحر فاما المملك لم يصدق اذا مملك الولد فان العبد التاجر كذلك اذا مملك العبد بعد عتقه عتق مثبت لنسبه كان عليه دين او لم يكن في حاله دعواه وذلك لانه ادعى النسب من جهة تثبت الانساب منها فاذا لم تقبل دعواه لعدم ملكه ثم ملك جازت الدعوى وكذلك لو ادعى ان مولاه احلها له ولد له المولى فمضوا سواء يثبت نسبه منه وذلك لان الاحلال يجري مجرى المتعة في باب امثاله للنسب وان لم يسبح الوطى ولو ادعى الولد من امة مولاه وليست من جارية لو ادعى ان مولاه احلها له او زوجها آياه فان صدقه يثبت نسب الولد وان كذبه لم يثبت نسب الولد منه فان اعتق العبد رعاها فذلك الولد عتق وكان ابنه ثابت النسب وذلك لانه اذا ادعى التحليل وقعت دعواه على تصديق المولى في النسب فاذا لم يصدق لم يثبت الحق للمولى فاذا مملك العبد بعد عتقه فقد زال الحق للمولى فوجب ان تنفذ دعوته لانه ادعى من جهة يجوز ثبوت النسب منها فاما ان ادعى ولد جارية مولاه من غير احلال ولا نكاح لم يثبت النسب وان ملك لانه لا شبهة له في مال المولى فقد ادعى من جهة لا يجوز ثبوت الانساب منها فلم تقبل دعوته

باب دعوى المكاتب قال واذا ادعى المكاتب ولد جارية اشتراها او صادت في يده على وجه من وجوه الملك



التي

التي يملك بها الحرف دعواه جارية كشبهة المولى في ذلك او صدقه وهو ابنه لا يجوز ان يبيعه ولا ان يبيع امه ويصدق المكاتب فيما يدعي من ولد على سبيل ما يصدق الحر في جميع وجوه الملك وذلك لان انساب المكاتب على حكم ملكه وحكم الملك كنفس الملك في باب ثبوت النسب ولا زال المولى له في يده مكاتبه فصار المكاتب فيه كالحرة واذا ثبت النسب دخل الولد في مكاتبته وصار مكاتباً معه فلم يجوز بيعه كالولد المولود في الكفاية ولا يجوز بيع امه مالم يجوز المكاتب لان ولدها يثبت له حق الحرية فيثبت لها المنع في جواز البيع تابع لولدها كما يثبت لام ولداً الحر حق الحرية لما ثبت لولدها الحرية قال والعبد الذي مثل العبد المسلم في الدعوى وكذلك المكاتب الذي مثل المكاتب المسلم في الدعوى وذلك لان المسلم وغير المسلم لا يختلفان في ثبوت الانساب فتساويا فيها قال فان كان شريك الحر مسلم فادعى جميعاً فمضوا بن المسلم الحر منهما دون العبد والمكاتب وذلك لان المسلم والكافر اذا تنازعا الولد صار مسلماً باسلام المسلم منهما وثبت يده عليه فكان اولى به واذا تنازعه الحر والمملوك ثبتت له الحرية بحرية الحرف كان اولى به **اخبر كتاب الدعوى** والله الحمد والمنه وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه اجمعين وحسبنا الله ونعم الوكيل اللهم اغفر لما لكه وكاتبته ولجميع المسلمين المسلمين ورحمتك يا ارحم الراحمين وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين وكتبه **تتأرخ** رابع عشر من شهر جمادى الاخرة سنة تسع وسبعين وثلثمائة



ينزه كتاب الوصايا

